This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 301

A7
Azarevich, D.
O razlichii...

Bd. Dec. 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 4 1929

О РАЗЛИЧІИ

МЕЖДУ

ОПЕКОЙ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВОМЪ

ПО

РИМСКОМУ ПРАВУ.

Дмитрія Азаревича.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.
ТИПОГРАФІЯ ТОВАРИЩЕСТВА «ОБЩЕСТВЕННАЯ ПОЛЬЗА»,
по Мойкѣ, 5.
1872.

Дозволено цензурою. Санктпетербургъ, 6 Сентября 1872 года.

NOV 4 1929

231-a

Римское право знало двѣ формы охраненія имущественнаго интереса лицъ, за которыми оно не признавало вовсе, или только въ достаточной мѣрѣ, тѣхъ душевныхъ качествъ, которыя гарантировали бы ихъ личную заботу о своемъ интересѣ. [1]) Эти формы охраненія чужаго интереса были tutela (опека) и cura (попечительство).

До позднѣйшихъ временъ въ литературѣ Римскаго Права не высказано ни малѣйшаго сомнѣнія о теоретическомъ различіи между римской опекой и римскимъ попечительствомъ. Въ чемъ же, спрашивается, можетъ выразиться это различіе между ними? Только въ характерѣ обязанностей опекуна и попечителя, какъ выраженія ихъ назначенія. Характеръ же этихъ обязанностей обусловливается мѣрой, признанной за индивидами sub tutela et cura дѣеспособности.

Хотя римляне и не знали общетеоретическаго различія между право-и дѣеспособностью, [2]) но такъ какъ общее назначеніе опекуна и попечителя состояло въ томъ, чтобы своею дѣятельностью замѣнять дѣятельность порученныхъ ихъ заботѣ лицъ, не стѣсняя ихъ правъ по имуществу, что и выражалось въ полной отвѣтственности за всякій имущественый ущербъ, то слѣдовательно de facto назначеніе того и другаго сводится и по Римскому Праву къ ограниченію дѣеспособности извѣстныхъ индивидовъ. Итакъ дѣеспособностью индивидовъ sub tutela et cura будетъ опредѣляться характеръ опекунскихъ и попечительскихъ обязанностей, а такъ какъ въ этихъ обязанностяхъ состоитъ исключительное назначеніе опеки и попечительства, то съ этой только точки зрѣнія и можетъ выясниться ихъ различіе.

Выходя же изъ дѣеспособности, мы различаемъ въ Римскомъ Правѣ по субъектамъ нѣсколько видовъ какъ опеки, такъ и попечи-

---

[1]) Это былъ основной мотивъ назначенія опеки и попечительства; впослѣдствіи, какъ увидимъ, понятіе по крайней мѣрѣ попечительства было распространено и на другіе случаи.

[2]) De facto въ отдѣльныхъ положеніяхъ они не смѣшивали этихъ понятій, такъ напр. безумный не лишался правъ наслѣдованія (testamentifactio passiva), но самъ не имѣлъ права составлять завѣщаній (L. 18 § 1 D. 28, 1; § 1 I. 2, 12.

тельства. Съ древнѣйшихъ временъ римляне знали одну только опеку надъ лицами, признаваемыми за несовершеннолѣтнихъ. Впослѣдствіи они подраздѣлили опеку на опеку надъ несовершеннолѣтними обоего пола (tutela impuberum) и опеку надъ совершеннолѣтними женщинами (tutela sexus). Попечительство по субъектамъ, подпадавшимъ ему, раздѣлялось на множество видовъ, а именно: попечительство надъ минорами [1]) (cura minorum), надъ безумными всякаго рода (cura furiosi, mente capti и. т. п.), надъ расточителями (cura prodigi), надъ немощными (cura personarum debilium) и всевозможные виды т. н. попечительства надъ имуществомъ (cura bonorum) [2]).

Основными видами всѣхъ этихъ формъ охраненія чужаго имущественнаго интереса, какъ увидимъ, будутъ съ одной формы опека надъ несовершеннолѣтними, а съ другой попечительство надъ минорами, поэтому на этихъ двухъ полнѣйшихъ выраженіяхъ того и другаго института мы и построимъ изслѣдованіе вопроса: въ чемъ можетъ заключаться по Римскому Праву различіе между опекой и попечительствомъ, указывая, конечно, и на тѣ особенности другихъ видовъ опеки и попечительства, которыя будутъ имѣть отношеніе къ разсматриваемому вопросу.

О дѣеспособности несовершеннолѣтнихъ.

Полная дѣеспособность индивида обусловливалась въ Римѣ съ самыхъ древнѣйшихъ временъ главнымъ образомъ извѣстнымъ возрастомъ его. До достиженія же этого возраста мѣра признанной за индивидомъ дѣеспособности по отношенію къ праву его влiять на судьбу

---

[1]) Лице, находящееся подъ попечительствомъ propter aetatem, я называю словомъ «миноръ». Такъ называютъ то лицо въ большинствѣ случаевъ и источники (cura *minorum*), хотя иногда подъ словомъ «minor» они разумѣли какъ puberes, такъ и impuberes (напр. Nov, 72 praefatio). Русскимъ однимъ словомъ невозможно выразить того понятія, которое соединялось съ римскимъ словомъ «minor», поэтому я нахожу необходимымъ оставить слово: миноръ, а не переводить его напр. словомъ «несовершеннолѣтній», какъ это дѣлаетъ г. Малышевъ (Конк. Процессъ, стр. 14), такъ какъ несовершеннолѣтнимъ Римскій minor XXV annis не былъ (см. напр. Warnkoenig Comment. jur rom. priv. I, стр. 186); слова же безъ соотвѣтствующаго ему понятія въ научномъ трудѣ употреблять нельзя. Другія названія лицъ sub cura p. m. aet., какъ напр. adultus, adolescens, не выражаютъ того признака, что обозначенное ими лицо находилось подъ попечительствомъ; а слово «pubes», часто употребляемое источникомъ вмѣсто слова «minor», въ переводѣ даже непремѣнно исключаетъ этотъ признакъ.

[2]) Впослѣдствіи будетъ доказано, что и на этотъ видъ попечительства можетъ быть распространено дѣленіе по субъектамъ.

своего имущества опредѣлялась отношеніемъ опекуна къ этому имуществу въ силу опекунскихъ своихъ обязанностей. Остается слѣдовательно разсмотрѣть: насколько опека ограничивала дѣеспособность пупилла? [1])

Объ отношеніи опекуна къ опекаемому имуществу:

Въ древнемъ Римскомъ Правѣ опекунъ формально разсматривался вполнѣ какъ собственникъ опекаемаго имущества. Древнее начало сохранилось въ положеніи: tutor domini loco est (L. 17 § 2 D. 12, 2; L. 27, 48 D. 26, 7; L. 12 D. 27, 10; L. 7 § 3 D. 41, 4; L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 157 pr. D. 50, 17), положеніе, какъ мы увидимъ, совершенно непонятное въ позднѣйшемъ Римскомъ Правѣ, когда съ одной стороны спеціальныя опеки (tutela specialis) и опека надъ женщинами мало но малу уничтожили понятіе древняго права полнаго господства опекуна надъ опекаемымъ имуществомъ (plena administratio bonorum), а съ другой стороны въ управленіи имъ (administratio bonorum въ тѣсномъ смыслѣ) строго очерчивали дѣятельность опекуна множествомъ законовъ.

Изъ аналогіи о положеніи жены въ семействѣ (filiae loco) по отношенію къ другихъ подвластнымъ членамъ семьи (filiae filiifamilias) мы можемъ распространить на опекуна положенія о собственникѣ даннаго имущества и тѣмъ предоставить ему полное право совершать отъ своего лица всѣ юридическіе акты безъ какого бы то ни было привлеченія пупилла къ участію въ нихъ. Участіе это, какъ увидимъ, стало возможнымъ только уже впослѣдствіи, когда съ появленіемъ подраздѣленій возраста несовершеннолѣтія кругъ дѣятельности лицъ извѣстныхъ подраздѣленій все расширялся, а тѣмъ ослаблялось значеніе древняго положенія: tutor domini loco habetur.

Этимъ же положеніемъ объясняется, почему вопросъ о такъ называвшемся (см. *Brinz* Krit. Blätter №. 2 стр. 4 и слѣд. и *Scheurl* въ Kritisch. Ueberschau I стр. 320 и слѣд.) необходимомъ представительствѣ впервые былъ возбужденъ только уже въ императорскія времена. Отъ болѣе древнѣйшихъ временъ мы не имѣемъ даже и слѣдовъ недоразумѣнія: имѣетъ ли опекунъ право совершать за пупилла

[1]) Такъ будемъ мы называть лицъ, находящихся подъ опекою. Pupillus est qui cum impubes est, desiit in patris potestate esse, aut morte aut emancipatione. L. 239 pr. D. 50, 16. Хотя опредѣленіе это и слишкомъ обще (см. также § 3 I. 1, 11), но всетаки, придерживаясь его, мы болѣе точно выразимъ признакъ подъопечности индивида словомъ «papillus», чѣмъ напр. словомъ «impubes» въ буквальномъ его переводѣ на русскій языкъ.

*

любой юридическій актъ. Если же впослѣдствіи находили необходимымъ разрѣшать это отдѣльными узаконеніями, значитъ для прежнихъ временъ оно не считалось за юридическій фактъ, будетъ ли оно вытекать изъ предполагаемой unitas personarum (см. *Zöpfl* Vergleichung der Röm. Tutel und Cura mit der h. V. стр. 34 и слѣд.) или другаго какого нибудь основанія, такъ какъ всякое подобное основаніе будетъ имѣть значеніе голословнаго предположенія, коль скоро въ источникахъ не найдемъ хотя малѣйшаго традиціознаго слѣда его. Напротивъ, наше объясненіе во первыхъ вполнѣ разрѣшаетъ недоумѣніе, возбужденное молчаніемъ источниковъ о такъ называвшемся необходимомъ представительствѣ, а во вторыхъ имѣетъ за себя и положительныя данныя. Что опредѣленіе опекуна, какъ domini loco, въ Юстиніановыхъ Сводахъ было дѣйствительно одною только традиціею, доказывается множествомъ выраженій, изъ которыхъ будетъ несомнѣнный выводъ, что въ позднѣйшемъ Римскомъ Правѣ всѣ юридическіе акты разсматривались уже по отношенію къ лицу пупилла, а не опекуна; уже пупиллъ и съ формальной стороны былъ dominus (см. напр. § 9 I. 3, 20—pupillus omne negotium recte gerit; Gajus 3 § 107; L. 18 § 4 C. 6, 30. и др.). Если теперь скажемъ, что ограниченія въ распоряженіи опекаемымъ имуществомъ наложено было на опекуновъ, какъ увидимъ, въ императорскія времена, что подраздѣленія возраста несовершеннолѣтія, какъ увидимъ, и правила, опредѣляющія дѣеспособность индивидовъ каждаго изъ этихъ подраздѣленій, также императорскаго происхожденія, то не будетъ ли въ общемъ уже это несомнѣнно свидѣтельствовать за то, что отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу было прежде иное, чѣмъ въ тѣ времена, когда выраженіе domini loco не имѣло никакого значенія; а такъ какъ нельзя предположить, чтобы выраженіе это не имѣло когда нибудь прямаго практическаго смысла, то скорѣе всего будетъ вѣроятно, что въ древности опекунъ разсматривался по administratio bonorum дѣйствительнымъ dominus'омъ, и опекаемый, какого бы онъ возраста ни былъ, не имѣлъ даже права вмѣшиваться въ его распоряженія. И такъ пупиллъ былъ въ сторонѣ, и всѣ юридическіе акты совершались лицемъ, которое по отношенію къ опекаемому имуществу разсматривался, какъ domini loco.

Внѣшнимъ образомъ это положеніе выражалось въ полной свободѣ опекуна отчуждать, закладывать опекаемое имущество (законы 12 таблицъ (Gaj 2 § 64) говорятъ только о правѣ одного попечителя чадъ безумнымъ отчуждать его имущество, но что несомнѣнно это

же право имѣли и опекуны см. L. 67 D. 6, 1; L. 12 § 1; L. 56 D. 26, 7; L. 8 § 1; D. 27, 9; L. 35 D. 41, 1; L. 7 §. 3 D. 41, 3; L. 16 C. 5, 37.—L. 11 § 7; L 16 pr. D. 13, 7—См. *Bachofen.* Das Veräuss erungsverbot der oratio Severi въ его Ausgewä-hlte Lehren des röm. Civilr.), производить изъ него всевозможныя уплаты (L. 9 § 5 infin. D. 26, 7; L. 13 § ult. D. eod.; L. 14 § 7; L. 56, 100 D. 46, 3; L. 22 C. 2, 3), вступать въ соглашеніе по поводу опекаемаго имущества (L. 56 § 4 D. 47, 2), назначать изъ него приданое (Cic. pro Flacco cap., 35; Gaj. 1 §§ 178, 180; Ulp. 11 §§ 20, 21; Frag. Vatic. § 110), отдавать деньги въ ростъ (L. 46 § 2 D. 26, 7) или просто на сохраненіе въ казну (aerarium Liv. 27, 18), совершать обновленіе и делегаціи обязательствъ (L. 22 D 26, 7; L. 20, § 1 D. 46, 2; L. 34 § 1 D. eod.; L. 96 pr. D. 46, 3), acceptilatio, хотя только чрезъ посредство обновленія (L. 13 § 10 D. 46, 4). Опекунъ имѣлъ право opus novum nuntiare (L. 7 § 1 D. 39, 1), вчинать по опекаемому имуществу иски и отвѣчать по нимъ (*Plin.* ep. IX, 13, 16—L. 55 pr. D. 21, 2; L. 1 § 4; L. 22 D. 26, 7 L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 11 § 2 D. 47, 10—L. 1 § 2 D. 26, 7), compromissum facere (L. 47—49 D. 4, 8) и т. д [1]).

Что касается до внутренняго управленія, то всѣ распоряженія опекуна точно также носили оттѣнокъ права собственности. Ему повиновались безусловно рабы (L. 1 § 9; L. 2 pr. D. 15, 4; L. 32 § 3; L. 58 pr. D 26, 7; L. 1 § 3 D. 27. 3; L. 41 § 10 D. 40, 5, L. 11 § 7 D. 43, 24; L. 157 pr. D. 50, 17), онъ опредѣлялъ количество (L. 13 pr. D. 26, 7) и содержаніе ихъ (L. 12 § 3 D. 26, 7), онъ распредѣлялъ между ними и отнималъ peculium (L. 24 D. 15, 1). Опекунъ назначалъ и смѣщалъ institores и magistri navis (L. 1 § 16 D. 14, 1; L. 5 § 18 D. 14, 3). Въ заключеніе укажемъ на особенно сильныя свидѣтельства источниковъ въ пользу нашего положенія. Такъ въ силу закона Атинія (usucapi non potest, antequam *in domini potestatem* pervenerit (res furtiva) L. 4 § 6; L. 49 D. 4 1, 3) считалось за purgatio vitii, когда украденная вещь возвращалась къ опекуну, какъ ея собственнику (L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 4 § 11 D. 41, 3; L. 215 D. 50, 16). Въ процессахъ по опекаемому имуществу опекунъ допускался къ присягѣ, акту въ высшей степени личному. Приводимъ слова Павла, совершенно ясный смыслъ которыхъ вполнѣ подтверждаютъ наше заключеніе изъ перечисленныхъ функцій опекуна: Si tutor, qui tute-

[1]) Остальная область правъ опекуна выяснится изъ послѣдующаго разсмотрѣнія позднѣйшихъ ихъ ограниченій.

lam gerit.... jusjurandum detulerit, ratum id haberi debet; nam alienare res, et solvi iis potest, et agendo remin judicium deducunt L. 17 § 2 D. 12, 2.

Необходимымъ выводомъ изъ подобнаго положенія опекуна было, что юридическія послѣдствія актовъ, совершенныхъ имъ въ качествѣ опекуна, только въ позднѣйшія времена особыми узаконеніями обращались на пупилла; до того же опекунъ, формально разсматриваемый собственникомъ опекаемаго имущества, учавствовалъ активно и пассивно во всѣхъ правоотношеніяхъ, возникшихъ по поводу этого имущества; и только уже по окончаніи опеки эти активныя и пассивныя послѣдствія юридической его дѣятельности переходили доподлинно намъ неизвѣстными способами на бывшаго опекаемаго.

Приведемъ краткую исторію того, какъ мало по малу активныя и пассивныя послѣдствія юридическихъ актовъ по опекѣ стали обращаться къ пупиллу.

Активныя послѣдствія. Здѣсь мы разсмотримъ исторію того общаго позднѣйшаго положенія, по которому всѣ vindicationes, actiones и exceptiones могли быть непосредственно пріобрѣтаемы пупиллами per tutorem.

Что касается до vindicationes, то по общему положенію древняго Римскаго Права воспользоваться ими могъ одинъ только опекунъ, одинъ опекунъ пріобрѣталъ право vindicationis, какъ это слѣдуетъ изъ позднѣйшихъ частныхъ положеній. Такъ рескриптомъ Септимія Севера дозволено было въ противность древнему началу (Gaj. 2 § 95) acquirere possessionem per liberas personas (L. 1 C. 7, 32, § 5 L. 2, 9; L 20 § 2; L 5 3 D. 41, 1). Это положеніе рескриптомъ Децiя было распространено и на опеку (L 3 C. 7, 32), а такъ какъ res nec mancipi чрезъ передачу собственникомъ ex justa causa переходятъ въ собственность владѣтеля (Frag. Vatic. § 313), то этимъ онъ пріобрѣтаетъ и vindicationem; въ данномъ случаѣ это право vindicationis получаетъ пупиллъ (L. 2 D. 26, 9). Per tutorem пупиллъ пріобрѣталъ и Publicianam actionem (L. 7. § 10 D. 6,2), искъ, предоставленный собственнику только уже въ позднѣйшемъ правѣ.

Относительно actiones мы имѣемъ такое правило: per tutorem pupillo actio, nisi certis ex causis, quaeri non potest (L. 5 C. 5, 39) Слова этого рескрипта Діоклетіана и Максиміана: «nisi certis ex causis,» указываютъ на то, что изъ цитированнаго положенія допускались исключенія. Что всѣ эти исключенія были позднѣйшаго проис-

хожденія, всего очевиднѣе на примѣрахъ contractus verbales. Такъ по стипуляціи опекуна не могъ быть предоставленъ искъ пупиллу на основаніи общаго правила о представительствѣ при формальныхъ сдѣлкахъ (Gaj. 3 § 103; § 4 I. 3,20). Только уже по иниціативѣ юриста Юліана пріобрѣталъ пупиллъ utilis ex stipulatu actio и то первона чально въ тѣхъ только случаяхъ, когда опекаемый былъ infans и не имѣлъ раба. Ульпіанъ распространилъ это положеніе и на случай отсутствія пупилла (L. 9 pr. D. 26, 7); а уже впослѣдствіи оно сдѣлалось общимъ для всякой опеки (L 2. D. 26,9, L. 2 C. 5, 39). Тоже можемъ сказать и о contractus consensuales. Такъ напр. только рескриптомъ Діоклетіана получилъ пупиллъ utilem actionemno locatio conductio опекуна (L. 4 C. 5,39). Таже исторія и для contractus reales. Напр. только по иниціативѣ юристовъ Юліана и Аристо допущено было полное представительство при займѣ, такъ что лицо представляемое само получало condictionem и даже не какъ utitis, а какъ directa actio (L. 9 § 8 D. 12,1; L. 126 § 2 D. 45,1). Въ частности, конечно, тоже правило примѣнялось и при опекѣ. (L, 8,9 pr §. 7. L. 16 D. 26,7). Приведемъ для полноты еще одинъ примѣръ на actiones. Впервые Юстиніаномъ было постановлено: «hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire (L. 2 C. 4, 27, а прежнее правило см L. § 11 32 D. 13,7) и т. д. [1]).

Теперь что касается до exceptiones, то вопервыхъ въ древнѣйшую эпоху исторіи Римскаго Права, а именно въ періодъ процесса per legis actiones, о нихъ не могло быть вообще и рѣчи (Gaj. 4 § 108: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum), но даже вовторыхъ и впослѣдствіи, когда съ введеніемъ процесса per formulas сдѣлалось возможнымъ примѣненіе возраженій, [2]) долго оставалось общимъ правиломъ, что exceptio de jure tertii было не мыслимо (L. 27 pr. L. 59 D. 2,14); только уже впослѣдствіи постановленіями на частные случаи пріобрѣталъ пупиллъ exceptiones изъ gestio своего опекуна. Напр. юристомъ Юліаномъ exceptiones jurisjurandi u. rei judicatae предоставлены были самому пупиллу (L. 9 § 6 D. 12, 2; L. 11 § 7. D. 44, 2), точно также какъ и нѣкоторыя

[1]) Напр. actio constitutae pecuniae utilis (L. 5 § 7, 9. D. 13, 5), какъ позднѣйшаго преторскаго происхожденія (Ulp. ad Edictum).

[2]) Во времена Цицерона институтъ возраженій былъ вполнѣ уже сформированъ, по крайней мѣрѣ онъ упоминаетъ не только объ общемъ значеніи возраженій, но и о томъ, что они испрашивались у претора in jure (*Cic.* de invent. 2, 19).

excepctiones pacti или doli exceptiones (subsidium esse pacti exceptionis) (L. p. 10 § 2; L, 15; L. 27 § 1 D. 2, 14) и другія.

Изъ всего сказаннаго мы должны заключить: 1) что въ древности участіе пупилла при совершеніи опекуномъ всевозможныхъ актовъ было немыслимо, такъ какъ формально ауктором въэтихъ случаяхъ долженъ былъ бы разсматриваться самъ пупиллъ (Gaj. 3 § 107; § 9 I. 3, 19 (20); L. 9 D. 29, 2; L. 4 pr. D. 42, 1), а слѣдовательно и средства осуществленія правъ необходимо должны были обращаться къ нему же. 2) Если ауктором всевозможныхъ актовъ по опекаемому имуществу въ древности разсматривался самъ опекунъ, то онъ же формально долженъ были разсматриваться и собственникомъ управляемаго имъ имущества. Дѣйствительно, въ древнемъ процессѣ опекунъ разсматривался вполнѣ какъ dominus litis. Всѣ послѣдствія выиграннаго иска обращались къ нему, а такъ какъ основаніемъ всякаго иска опекуна было имущественное право пупилла, то слѣдовательно по отношенію ко всѣмъ имущественнымъ правамъ пупилла опекунъ долженъ былъ разсматриваться какъ собственникъ ихъ. Но положеніе имѣло и то практическое значеніе, что по подобнымъ искамъ допускался зачетъ ужь чисто личныхъ долговъ опекуна (см. Derenburg Geschichte und Theorie der Compensation nach Römischem und neuerem Recht, Стр. 383). Только послѣ того, какъ императорскими рескриптами было выработано положеніе: si tutor condemnavit... pupillo actio judicati detur L. 2 pr. D. 26, 7; L. 6 D. 26, 9), измѣнился взглядъ на роль опекуна въ процессѣ. Уже настоящимъ dominus litis сталъ разсматриваться пупиллъ, а опекунъ только его представителемъ (см. *Keller* Civilprocess стр. 231). Разумѣется, и о зачетѣ личныхъ долговъ опекуна послѣ того уже не могло быть и рѣчи, на утвержденіе каковаго положенія потребовался однако особый responsum Павла (L. 23 D. 16, 2).

Пассивныя послѣдствія. Общимъ положеніемъ Римскаго права было, что обязывалось, а слѣдовательно и отвѣчало по этому обязательству только то лицо, которое было контрагентомъ. Слѣдовательно въ тѣхъ случаяхъ, когда опекунъ совершалъ контрактъ самъ (а это, какъ увидимъ, для древности только и могло быть), то искъ по этому контракту могъ быть предъявленъ только противъ него (Condemnatio. . in ejus personam convertitur, qui judicium accepit. Gaj. 4 §§ 87, 86, 98, 99), а никакъ не противъ пупилла. Это основное положеніе было измѣнено только уже въ позднѣйшемъ правѣ. Такъ преторскимъ эдиктомъ, юристами временъ императоровъ и ихъ рескриптами опре-

дѣлена была прямая отвѣтственность пупилла по процессу, веденному опекуномъ (L. 2 pr. D. 26, 7; Papinian. L. 5 pr. D. 26, 9; Scaevol. L. 7 D. 26, 9; Ulp. ad Edictum L. 4 § 1 D. 41, 1).

Вполнѣ дошедшая до насъ послѣдовательность въ выроботкѣ этого позднѣйшаго начала еще разъ заставляетъ насъ убѣдиться въ истинномъ характерѣ отношеній опекуна къ опекаемому имуществу. Такъ первый шагъ къ измѣненію древняго положенія, что отвѣтственность по иску несъ одинъ опекунъ, сдѣлано было преторомъ въ слѣдующихъ словахъ: si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur; si se obtulit, in ipsum dabitur (Ad Edictum L. 4 pr. D. 42, 1), т. е. преторъ положилъ слагать съ опекуна отвѣтственность только тогда, когда искъ онъ велъ при участіи опекаемаго. Выводъ же изъ этихъ словъ совершенно ясенъ: до преторскаго эдикта въ всякомъ случаѣ несъ отвѣтственность по actio judicati одинъ опекунъ, привлечетъ онъ къ участію въ совершеніи исковыхъ формальностей пупилла или нѣтъ. Слѣдовательно, самое привлеченіе становилось совершенно излишнимъ. Далѣе, такъ какъ опекунъ всегда se liti obtulit, то и долженъ былъ всегда разсматриваться, какъ procurator in rem suam. Дѣйствительно, на тождественное значеніе обоихъ выраженій указываютъ и источники (L. 61 D. 3, 3). Если же опекунъ являлся въ процессѣ всегда, какъ dominus litis, то отвѣтственность его изъ опекаемаго имущества всегда предполагало отношеніе къ нему опекуна на правахъ собственника, такъ какъ иначе, въ противность общему правилу, отвѣтственность по актамъ опекуна обращалась на пупилла, т. е. третьяго лица. Дѣйствительно, въ древности опекунъ въ процессѣ никоимъ образомъ не можетъ быть разсматриваемъ представителемъ чужаго имущественнаго достатка, изъ котораго будетъ слѣдовать взысканіе въ случаѣ проигрыша иска. Гай говоритъ: procurator.... si agat, satisdare jubetur, ratam rem dominum habiturum (Gaj. 4 § 98; Frag. Vatic. § 317); между тѣмъ какъ никогда не сомнѣвались (vulgo observatur), ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum quia rem in judicium deducit (L. 1 § 2; L. 23 D. 26, 7). Слѣдовательно по древнему Римскому праву въ процессѣ опекунъ являлся представителемъ не чужаго достатка, а формально разсматриваемаго, какъ его собственный.

Другія частныя измѣненія древняго начала не менѣе сильно подкрѣпляютъ этотъ выводъ. Такъ юристъ Сцевола однимъ своимъ responsum допустилъ по договору займа непосредственно противъ пупилла actio de in rem verso (L. 20 § 1 D. 15, 3; L. 27 D. 12, 1;

habetur», выраженіемъ древнимъ, не имѣвшимъ никакого смысла въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, когда формально собственникомъ считался уже пупиллъ, когда съ извѣстнаго возраста, установленнаго впослѣдствіи per benigniorem interpretationem (см. ниже), онъ могъ, хотя только формально, фигурировать во всѣхъ юридическихъ актахъ, когда даже въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ опекунъ совершалъ юридическіе акты одинъ, множествомъ частныхъ положеній предоставлялись иски пупиллу и опредѣлялась его отвѣтственность, когда, наконецъ, чисто личныя проявленія воли опекуна, какъ, напр., въ случаяхъ правонарушеній, если только имѣла какое нибудь вліяніе на опекаемое имущество, могли вести къ отвѣтственности самого пупилла, т. е. изъ его имущества. Къ этому прибавимъ еще позднѣйшія ограниченія въ древнемъ правѣ опеки по своему усмотрѣнію распоряжаться судьбою опекаемаго имущества. Число этихъ ограниченій было такъ велико, что говорить о правѣ опекуна распоряжаться опекаемымъ имуществомъ vice domini ужь никоимъ образомъ нельзя. Такъ напр., ограничено было право отчуждать по усмотрѣнію опекаемое имущество. Въ общемъ это не было высказано однимъ какимъ нибудь закономъ, а цѣлымъ рядомъ положеній на частные случаи. Такъ прежде всего Септимій Северъ закономъ отъ 195 года по Р. Х. ограничилъ право отчужденія praediarum rusticarum и suburbanarum (текстъ закона въ L. 1 § 2, D. 27, 9). Интерпретаціею положеніе этого закона было распространено и на другаго рода имущества (L. 3 § 4, 5, 6; L. 5 § 1, 2, 12, 14; L. 11 D. 27, 9; Frag. Vat. § 295), а, наконецъ, законами Константина (остатки закона см. L. 1 Th. C. 2, 16; L. 3 in fin. Th. C. 3, 30; L. 2. C. 2, 27) и Юстиніана (L. 28 C. 5, 37) исчерпаны были всѣ почти предметы, которые только могутъ составить опекаемое имущество, такъ что по позднѣйшему римскому праву можно сказать въ противность древнему, что опекунъ свободно отчуждать вообще ничего изъ опекаемаго имущества не въ правѣ. Кромѣ того рескриптомъ Валеріана и Галліена (L. 4 C. 5, 71) было пояснено, что запрещается отчужденіе не только per venditionem, sed neque transactionis ratione (еще раньше см. L. 46 § 7 D. 26, 7), neque permutatione, et multo magis donatione, nec alio quoquo modo. Мало того, множествомъ частныхъ положеній это запрещеніе было распространено и на совершеніе другихъ актовъ, которые въ собственномъ смыслѣ не составляютъ отчужденія, или, которые могутъ имѣть своимъ результомъ отчужденіе. Такъ вопервыхъ опекуну запрещено было производить dotatio (L. 22 C. 5, 37), donatio ante (L. 8 C.

5, 71) et propter nuptias (L. 22 C. 5, 37; L. 3 C. 5, 74), repudiatio fundi legati (L. 5 § 8 D. 27, 9), совершать акты, устанавливающіе или уничтожающіе jura in re. Кромѣ того особымъ рескриптомъ Діоклетіана и Максиміана запрещено было опекуну вчинать actionem communi dividundo (L. 17 C. 5, 71 срав. съ L. 7 pr. D. 27, 9) и т. д. Во вторыхъ опекуну запрещено было свободно отдавать опекаемое имущество въ залогъ (L. 1 § 2; L. 5 § 10; L. 7 § 5; L. 8 § 2; L. 13 § 1 D. 27, 9; L. 22 C. 5, 37). Всѣ эти ограниченія опекунской дѣятельности свидѣтельствуютъ о полной свободѣ опекуна въ распоряженіи опекаемымъ имуществомъ до появленія этихъ ограниченій.

Не менѣе сильно подкрѣпляютъ нашу мысль и нѣкоторыя узаконенія о внутреннемъ управленіи опекаемымъ имуществомъ. Такъ преторскимъ эдиктомъ дозволено было самимъ пупилламъ tutore auctore назначать institores и magistros navis (Ul. ad Edict. L. 1 § 16 D. 14, 1); мало того, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда назначеніе это производилъ самъ опекунъ, постановлено было тѣмъ же эдиктомъ считать это назначеніе отъ лица пупилла (L. 5 § 18 D. 14, 3). Эти же постановленія указываютъ, что до того назначеніе подобное производилось однимъ опекуномъ и считалось отъ его имени. Далѣе, только въ императорскія времена въ отдѣльныхъ рескриптахъ было постановлено какое употребленіе обязаны были дѣлать опекуны изъ извѣстныхъ частей опекаемаго имущества (См. напр. рескриптъ Аркадія и Гонорія L. 24 C. 5. 37 (L. 6 § 1 Th. C. 3, 30); ad Edict. L. 5 pr.; L. 7 § 7 D. 26, 7). Разумѣется, до этихъ предписаній опекунъ въ распоряженіяхъ своихъ не связывался ничьею волею (конечно, о волѣ наслѣдодателя здѣсь не можетъ быть рѣчи: L. 5 § 7, 9; D. 26, 7; L. 2 § 3 D. 27, 2; L. 7 C. 5, 37 срав. съ L. 5 § 8; L. 47 § 1 D. 26, 7). Но изъ всѣхъ ограниченій подобнаго рода особенное вниманіе останавливаетъ императорское запрещеніе опекунамъ pecuniam pupillarem in usus suos convertere (L. 46 § 2 D. 26, 7... quia lucrum facere ex tutela non debet (sc. tutor) L. 58 pr. inf. D. 26, 7). Это запрещеніе даетъ право предполагать, что прежде опекунъ не стѣснялся въ любомъ пользованіи деньгами пупилла. Остается опредѣлить характеръ этого пользованія. По L. 7 § 6; L. 16; L. 46 § 2 D. 26, 7 опекуну разрѣшалось до позднѣйшихъ временъ право отдавать деньги пупилла въ рость и притомъ *отъ своего имени*. Примѣняя это положеніе къ его личному пользованію деньгами пупилла, получаемъ полное распоряженіе опекаемымъ имуществомъ на правахъ его собственника.

Такимъ образомъ всѣ послѣдующія ограниченія въ опекунскомъ

правѣ распоряжаться вполнѣ произвольно опекаемымъ имуществомъ показываютъ съ одной стороны, что въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ опекунъ разсматривается уже только простымъ управителемъ, тогда какъ и формально собственникомъ этого имущества считался уже пупиллъ; а съ другой стороны, что въ древнемъ Римскомъ правѣ, за неимѣніемъ этихъ ограниченій, опекуну принадлежали по распоряженію опекаемымъ имуществомъ всѣ права собственника, почему формально и разсматривался его собственникомъ.

Согласно послѣднему положенію немыслимо допустить по древнему праву отвѣтственность опекуна по опекѣ. Дѣйствительно, характеръ отношеній опекуна къ опекаемому имуществу выражался и въ томъ, что опекунъ не несъ никакой отвѣтственности по своему управленію, хотя общее назначеніе опеки—охранять пупилла отъ имущественнаго ущерба—оставалось всегда одно и тоже. Быть можетъ близкія родственныя связи при тѣсномъ родовомъ бытѣ были достаточной гарантіей соблюденія имущественнаго интереса пупилла, только мы знаемъ, что искъ по опекѣ впервые введенъ XII таблицами (L. 55 § 1 D. 26, 7; *Cic.* de orat. 1, 36: turpi tutelae judicio... alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex XII tab. permiserat) и притомъ такого содержанія, которое всего менѣе стѣсняло бы опекуна въ свободномъ распоряженіи опекаемымъ имуществомъ. Actio (de) rationibus distrahendis былъ искъ по утраченнымъ вещамъ изъ опекаемаго имущества (такъ опредѣляютъ его новѣйшіе писатели; прежде о характерѣ это иска былъ споръ см. у Глюка Erläuterung der Pandecten 32 § 13 65 a). XII таблицами же впервые введенъ искъ на устраненіе опекуна по обвиненію его въ недобросовѣстности [1]) accusatio, actio tutoris su-

[1]) Это слово не составляетъ точнаго перевода латинскаго «suspectus», но вполнѣ выражаетъ тотъ смыслъ, который въ римскомъ правѣ придавался этому послѣднему. По опредѣленію Хубера (praelection. jur. civ. sec. Instit. ad § 5, 13 I. 1, 26) suspectus назывался тотъ опекунъ, qui non implet officium tutoris, quod in se recepit (см. также Donellus L. 3 cap. 16 § 5, Mynsingerus Scholia ad Inst, Стр. 136; Bethmann-Hollweg das rôm Civilpr. untreue tutor) и это опредѣленіе вполнѣ соотвѣтствуетъ опредѣленіямъ римскихъ юристовъ (см. особенно L. 1, 4, 5 C. 5, 43). При этомъ безразлично: выражалась-ли недобросовѣстность въ данной опеки (§ 5 init I. 1, 26, напр. непредоставляетъ пупиллу изъ опекаемаго имущества средствъ существанія L. 3 § 5, 13, 14, 15, 16, 17, 19; L. 7 § 2 D. 26, 10) или уже прежде при отправленіи другой какой нибудь (L. 19 D. 26, 7: sinon *ex fide curam gerat*, suspectum postulari posse. § 5 in fin. I. 1, 26), наконецъ, въ такихъ поступкахъ, которые по самому закону ведутъ къ предположенію въ данномъ лицѣ недобросовѣстности. Такъ напр. въ случаѣ если кто добивается опеки равными незаконными путями, подкупомъ и т. п.

specti см L. 1 § 2 D. 26, 10; *Cic.* de off. 3, 15 (о послѣднемъ см. Dirksen Uebersicht d. bisherig. Versuch z. Herstellung des Textes etc. стр. 599—604). Actio tutelae уже позднѣйшаго преторскаго происхожденія, такъ какъ это былъ искъ bonae fidei (Cic de off. 3, 17; Gaj. 4 § 62; § 28 I. 4, 6 [1]) и arbitria (Cic pro Ros. 5; Rubr. Cod. 5, 51). Предполагать, что онъ замѣнилъ собою другой — legis actio (Рудорфъ 3 стр. 5; Heimbach въ Rechtslexicon, Weiske 13 и др.), нѣтъ никакого основанія. Мы знаемъ только, что дошелъ до насъ этотъ искъ въ преторскомъ эдиктѣ, въ формѣ иска bonae fidei, т. е. формы несогласимой съ древними legis actiones; знаемъ положительно о другихъ древнихъ искахъ по опекѣ, а объ остальномъ остается дѣлать предположенія съ большей или меньшей вѣроятностью. За наше же положеніе всѣ предположенія. Такъ, если, какъ замѣтилъ Глюкъ (32 стр. 178), нигдѣ въ источникахъ искъ не названъ преторскимъ, то вѣдь нигдѣ онъ неназванъ и actio civilis. Далѣе, если строгая юридическая послѣдовательность заставила Глюка въ противность

(L. 3 § 15 D. 26, 10); если кто умышленно медлитъ вступить въ отправленіе опеки (L. 7 § 3 D. 26, 10; L. 2 C. 5, 43), не представляетъ поручительства (L. 2 C. 5, 43), и т. д. (см. L. 3 § 5, 16 D. 26, 10). Нѣкоторые писатели (напр. Duarenus Opera omnia стр. 405; Рудорфъ 3 стр. 192 и др.) слишкомъ распространяютъ понятіе suspecti, такъ что въ силу этого распространенія основаніемъ къ accusatio suspecti могутъ служить и rusticitas, simplicitas, ineptia и т. п., т. е. такія понятія, которыя окончательно несовмѣстимы съ требованіемъ недобросовѣстности, вырожаемой въ злымъ умыслѣ (Cic. de off. 3, 15: dolus malus et legibus erat vindicatus, ut in tutela XII tab. см. Bruns Fontes juris r. antiqui стр. 33 прим. 7) и крайней небрежности (Mynsingerus cit. стр. 137 (culpa dolo proxima), Zimmern Geschichte des röm. Privatr § 252, *Brinz* Pandect § 290 и др. напротивъ Otto Comment ad. § 6 I. 1, 26 и др.) Правда и упомянутыя качества могли служить основаніемъ устраненія отъ опеки, но это было только распространеніе положеній accusationis suspecti на данные случаи (это признаетъ и Рудорфъ), почему и въ источникахъ подобное устраненіе носило названіе accusatio *quasi* suspecti. Устраненные по подобнымъ основаніямъ не подвергались и обыкновеннымъ послѣдствіямъ accusationis suspecti, а именно infamiae (L. 3 § ult. D. 26, 10; L. ult. C. 5, 43 Рудорфъ 3 стр. 198 и 9). Итакъ объ этихъ случаяхъ, собственновъ вопросѣ объ accusatio suspecti tutoris не можетъ быть и рѣчи, а слѣдовательно и опредѣленіе наше подобнаго опекуна словомъ: «недобросовѣстный» остается въ силѣ.

[1]) Циммернъ (стр. 937) на основаніи этого признака считаетъ искъ по опекѣ за actio civilis, но еслибы даже actio tutelae дѣйствительно былъ actio civilis, то все таки кто знакомъ съ процессомъ per formulas, въ которомъ лежитъ начало actionum bonae fidei, кто знакомъ съ вліяніемъ претора на составленіе формулъ, тотъ съ увѣренностью подобнаго положенія не выскажетъ.

мнѣнію Циммерна (стр. 937), признававшаго за actio civilis только actio tutelae directa, признать за actio civilis и искъ обратный (см. J. Peregrinus Manuductio ad Iurispr. Iust. ч. 2 стр. 234 и др.), то этимъ онъ сталъ въ явное противорѣчіе съ выраженіями источниковъ: «Contrariam tutelae actionem praetor proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione (L. 1 pr. D. 27, 4 см. Ribbentropp Correaloblig. Стр. 54 прим. 8). Глюкъ (стр. 180) старается интерпретировать въ свою пользу особенно только слова: praetor proposuit; между тѣмъ какъ вся сила для даннаго вопроса въ словахъ: induxit in usum и слѣд. въ связи съ предъидущими. Глюкъ не могъ не видѣть этого затрудненія и потому понятно, почему это затрудненіе у него оговаривается ничего не доказывающими общими разсужденіями, разбивающимися о совершенно ясный смыслъ цитированныхъ словъ: преторъ потому ввелъ этотъ искъ, чтобы опекуны охотнѣе принимали опеку, зная (scientes) теперь, что и пупиллъ можетъ быть имъ обязанъ. Значитъ прежде опекуны не такъ охотно принимали опеку, потому что не знали того, чтобы пупиллъ могъ имъ обязаться въ извѣстныхъ случаяхъ. Кажется, умозаключеніе правильное. На это умозаключеніе даетъ право и Ульпіянъ (L. 1 § 4 D. 27, 3) говоря, что contrarium judicium употреблялся только въ случаѣ невозможности получить удовлетвореніе чрезъ зачетъ. Изъ этого Ноодтъ (Comment ad Dig. Lib. 13 t. 6 § ult.) совершенно правильно дѣлаетъ заключеніе, что contrarium judicium должно было появиться тогда только (впрочемъ Лабеонъ уже зналъ этотъ искъ L. 3 pr. D. 27, 4), когда признано было, что зачетъ не всегда достигаетъ цѣли; а могъ онъ не достигать цѣли только съ того времени, когда прежнее полное господство надъ опекаемымъ имуществомъ на правахъ собственника сведено было къ администраціи имущества пупилла, [1]) тогда только, какъ посторонній, могъ опекунъ дѣлать затраты на чужое имущество, превышающія даже стоимость этого послѣдняго, а въ силу этого новаго отношенія къ опекаемому имуществу явилась необходимость изобрѣсти средства осуществленія взысканія по излишку затратъ на чужое дѣло (L. 3 C. 5, 58). Итакъ дѣлая обратное

---

[1]) Дѣйствительно преторскимъ эдиктомъ хотя оставленъ былъ зачетъ, но уже не произвольный со стороны опекуна, а подъ усмотрѣніемъ властей, которыя могли и не признать основанія его, т. е. иначе зачетъ между опекуномъ и пупилламъ разсматривался уже какъ между посторонними лицами L. 1 § 4 D. 27, 4; L. 2 C. 5, 44; L. 3 C. 5, 58.

заключеніе объ извѣстномъ и опредѣленномъ о неопредѣленномъ, но находящемся въ необходимой связи съ этимъ опредѣленнымъ, мы должны начало обоихъ actionum tutelae, какъ directa, такъ и contraria приписать преторскому эдикту и тѣмъ отвергнуть всякія предположенія о замѣнѣ древнихъ legis actiones [1]).

Выходя же изъ нашего положенія для древности немыслима была и отчетность опекуновъ предъ бывшими опекаемыми, такъ какъ осуществлялась эта отчетность чрезъ actio tutelae (L. 1 pr. D. 27, 3).

Но если въ отношеніи къ управленію опекаемымъ имуществомъ опекунъ разсматривался вполнѣ какъ dominus его, то все таки главное назначеніе опеки никогда не упускалось изъ виду, а именно: охраненіе имущественнаго интереса пупилла. Гарантіею противъ злоупотребленія опекуна служили во первыхъ общественный контроль надъ его дѣятельностью, контроль, выражаемый въ правѣ каждаго гражданина поднять вопросъ объ устраненіи даннаго лица отъ опеки (accusatio suspecti Inst. 1, 26 de suspectis tutoribus; Dig. 26, 10 id.; Cod. 5, 43), а во вторыхъ отвѣтственность по окончаніи опеки за всякій умышленный имущественный ущербъ.

Actio rationibus distrahendis (быть можетъ онъ носилъ и другое названіе) имѣлъ въ древности несравненно болѣе общій характеръ, чѣмъ впослѣдствіи. Такъ юристъ Трифонинъ опредѣляетъ содержаніе этого иска словами: sed si ipsi tutores rem *furati sunt* [2]) (L. 55, D. 26, 7). Цицеронъ выражается еще болѣе обще: inde tot judicia de fide mala tutelae (Cic. de Natura Deor. 3, 30). Даже еще Павелъ, оставившій намъ оконченное опредѣленіе этого иска, выражается слишкомъ обще: dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum ejus pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem *fraudare* voluerunt Paul. Sent. Recept. 2, 30). Первое опредѣленіе подтверждаетъ пока только ту нашу мысль, что собственникомъ опекаемаго имущества прежде вполнѣ разсматривался самъ опекунъ, такъ какъ въ позднѣйшія времена, когда формально собственникомъ считался уже пупиллъ,

---

[1]) Мы не останавливаемся на подобныхъ доказательствахъ, какъ напр. ссылка Рудорфа (3 стр. 203, прим. 2) на pr. I. 4, 10, такъ какъ содержаніе ея не имѣетъ ничего общаго съ разсматриваемымъ положеніемъ.

[2]) Нѣкоторые писатели на основаніи этихъ словъ ограничиваютъ для древности примѣненіе иска однимъ случаемъ воровства (Bynkerschoek Observat. 6 c. 8, Циммернъ стр. 936 и др.) Рудорфъ (3 стр. 3 и 4) и др. совершенно основательно считаютъ это ограниченніе бездоказательнымъ, какъ это слѣдуетъ изъ послѣдующихъ цитатъ, хотя на нихъ Р. и др. и не ссылаются.

этотъ послѣдній могъ вчинить actio furti [1]), искъ, предоставленный собственнику украденной вещи, а потому и немыслимый противъ собственника же, которымъ въ древности считался опекунъ; почему обходъ и сдѣланъ былъ особымъ искомъ (подтвержденіе этого разсужденія см. Paul. L. 2 § I D. 27, 3).

Два остальныхъ цитированныхъ фрагмента дѣлаютъ для древности actio tutela совершенно излишнимъ, какъ впослѣдствіи actio tutelae сдѣлалъ вполнѣ излишнимъ actio rationibus distrahendis въ древнемъ его видѣ (L. 1 § 21 D.27, 3). Слѣдовательно объ actio tutelae могла быть рѣчь только тогда, когда actio rationibus distrahendis ограниченъ былъ спеціальными случаями умышленной утраты вещей изъ опекаемаго имущества.

Но замѣняя вполнѣ actio tutelae, этотъ древній искъ носилъ совершенно иной характеръ. Actio rationibus distrahendis былъ искомъ уголовнымъ (poenae persequendae causa comparata L.1 §23 D. 27, 3 срав. съ §18 I. 4, 6); между тѣмъ какъ actio tutelae былъ по преимуществу гражданскимъ искомъ (rei persequendae causa comparata). Вотъ почему первый не переходилъ на наслѣдниковъ, второй же переходилъ (L. 1 §16 D. 27, 3;L. 17 C. 2, 19 D. 12 C. 5, 51). Если теперь приведемъ древнее основное правило, — pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse (L. 1 § 24; D. 4 Lpr. § 4 D. 27, 3), то вліяніе древняго иска на отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу не можетъ оставить никакого сомнѣнія. По окончаніи опеки, когда собственникомъ опекаемаго имущества становился прежде опекаемый, могло быть начато уголовное преслѣдованіе противъ бывшаго опекуна. Потому по окончаніи опеки, что во время опеки собственникомъ опекаемаго имущества разсматривался опекунъ и пупиллъ не имѣлъ права вмѣшиваться въ его распоряженія. Потому же немыслимо было гражданское преслѣдованіе, а только уголовное, какъ за нарушеніе того полнаго довѣрія, въ силу котораго пупиллъ становился въ имущественномъ отношеніи совершенно въ беззащитное положеніе къ своему опекуну, какъ кліентъ къ патрону и т. п. Уголовное преслѣдованіе было послѣдствіемъ опредѣленія опеки въ числѣ другихъ случаевъ священною оффиціею (Gell. Noct. Att. 5, 13).

Какъ выводъ изъ послѣдняго опредѣленія составляло содержаніе и другаго древняго иска, accusatio, actio suspecti tutoris. На этотъ искъ имѣлъ право каждый гражданинъ (actio quasi publica § 3

[1]) Hunc autem tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait L. 1 § 22 D. 27, 3.

I. 1, 26; L. 1 § 6 D. 26, 10. Theophilus (ad. § 3 I cit. выражается категоричнѣе, называя этотъ искъ прямо δημοσία κατηίοργα), усмотрѣвшій (§ 5 init. I. 1, 26) или предполагавшій (L. 19 D 26, 7) со стороны будущаго опекуна злоупотребленіе ввѣренною ему властію свободнаго распоряженія опекаемымъ имуществомъ. Слѣдовательно и этотъ искъ не имѣлъ вліянія на отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу на правахъ собственника.

Въ общемъ же результатѣ всего сказаннаго всѣ наши положенія оказываются подтвержденными. Далѣе, освобожденіе и вознагражденіе за принятіе на себя обязательства по управленію опекаемымъ имуществомъ опекунъ достигалъ въ позднѣйшемъ правѣ чрезъ judicium contrarium (Dig. 27, 4 de contraria tutelae et utili actione; Cod. 5, 58 id.) Древнее Римское право иска этого не знало, равно какъ не знало и другихъ обыкновенныхъ способовъ получить вознагражденіе, какъ напр. чрезъ зачетъ (compensatio см. Дернбургъ Compensat Стр. 15, 16) или задержаніе имущества должника (retentio [1]) см. Витте § 2); а изъ этого слѣдуетъ во первыхъ, что въ принципѣ не признавалось представительство, что опекунъ совершалъ всѣ юридическіе акты отъ своего имени; а во вторыхъ и отвѣчалъ по нимъ изъ опекаемаго имущества. Заключеніе отсюда объ отношеніи опекуна къ опекаемому имуществу опять одно и тоже. Тутъ взаимное подтвержденіе одного положенія другимъ и наоборотъ. Но еще большее подтвержденіе всего сказаннаго находимъ въ исторіи т. н. restitutio in integrum propter minorem aetatem. Это было первоначально (см. Savigny System d. h. r. R. 7 § 317) extraordinarium auxilium, предоставленное судебною властью съ цѣлью уничтожить убыточныя послѣдствія изъ соотвѣтствія съ основаніями строгаго права и въ тоже время изъ противорѣчія съ aequitas возстановленіемъ въ прежнее положеніе (см. *Ungern* Oestreich. R. § 10). Слѣдовательно необходимымъ условіемъ реституціи акта будетъ его убыточныя ауктору послѣдствія. Но такъ какъ для древнѣйшихъ временъ ауктором даннаго акта мы считаемъ опекуна, формально разсматриваемаго собственникомъ опекаемаго имущества, которое несетъ убыточныя послѣдствія акта, то немыслимо было допустить и in integrum restitutio, такъ какъ major aetas не составлялъ законнаго основанія просить in integrum restitutio. Дѣйствительно, положительная исторія in integrum restit. propter minor aetat. вполнѣ подтверждаетъ наше разсужденіе. Какъ мы увидимъ впослѣдствіи,

[1]) Въ источникахъ слово rete ntio часто употребляется безразлично со словомъ compensatio.

*

впервые in integr. restitutio упоминается послѣ Закона Плеторія для аннулированія актовъ, совершенныхъ лицомъ совершеннолѣтнимъ, но недостигшимъ 25 л. (см. Burchardi Wiederein. in den vor. Stand. стр. 209—215). Только въ императорскія времена, когда уже пупиллъ формально разсматривался собственникомъ опекаемаго имущества, когда поэтому всѣ послѣдствія актовъ обращались на него, какъ на ауктора, тогда только in integrum restitutio было распространено и на тѣ случаи, когда пупиллъ понесъ убытки изъ даннаго акта во время опеки. Дѣйствительно, см. происхожденіе фрагментовъ, говорящихъ объ in integr. restit. для несовершеннолѣтнихъ, напр.: L. 7 § 10 D. 4, 4 (Ulp. ad Edict.); L. 29 § 1 eod. (Modest. Respons.); L. 38 pr. D. eod. (Paul. decret.); L. 45 D. eod. (Callistrat. edict.); L. 47 pr. D. eod. (Scaevola respons.); L. 49 D. eod. (Ulp. ad. Edict.); L. 2, 3, 5 C. 2, 25; L. 4, 5 C. 2, 27; L. 1 C. 2, 32 и т. д.

Остается теперь рѣшить одинъ только вопросъ: какъ поступали съ тѣми актами, на которые даже для древнѣйшихъ временъ по ихъ юридическому смыслу не могло распростаняться значеніе древней опекунской власти, а потому для совершенія ихъ требовалось непремѣнно личное участіе пупилла? Конечно, тутъ нѣтъ рѣчи о тѣхъ актахъ, совершеніе которыхъ въ позднѣйшемъ правѣ не допускало никакого соучастія третьяго лица, какъ напр. составленіе завѣщанія и др. (см. *Shweppe* das rôm. Privatr. 4 § 766), а только о такихъ актахъ, которые по положеніямъ позднѣйшаго права совершались самимъ пупилломъ при соучастіи опекуна, напр. принятіе наслѣдства (L. 63 D. 29, 2; L. 7 § 3 C. 5, 70; L. 5, C. 6, 30), mancipatio и in jure cessio (Frag. Vat. § 50); legis actio (pr. J. 4, 10; L 123 D. 50, 17); manumissio (L. 13 D. 40); L. 1 D. 40, 2, L. 11 D. 40, 5; L. 3 C. 7, 1) и др. [1]).

По источникамъ позднѣйшаго права не могло быть затрудненія въ рѣшеніи даннаго вопроса, по крайней мѣрѣ для пупилла извѣстнаго возраста. Всѣ подобные акты пупиллъ могъ совершать при соучастіи опекуна. Для возраста же, исключавшаго возможность даже формальнаго участія въ совершеніи актовъ, какъ увидимъ, допущено было частными узаконеніями почти полное представительство. Выходя изъ этихъ положеній уже позднѣйшаго Римскаго права, западные ученые ограничиваютъ вопросъ опекой надъ такими лицами, которыхъ участіе при совершеніи актовъ даже чисто формальное было

[1]) L. 11 § 6 D. 13,7 — L. 1 § 13,14; L. 37 § 1; L. 39; L. 65 § 3 D. 36,1 — L. 3; L. 13 § 10 D. 46,4; L. 1 C. 8,44. — L. 24 pr. D. 26,7; L. 11 C. 2,13 и др.

немыслимо, т. е. тѣми случаями, къ которымъ относились дошедшія до насъ императорскія узаконенія. Но какъ ошибочно при рѣшеніи даннаго вопроса выходить изъ предположенія большаго участія въ древности пупилла извѣстнаго возраста въ управленіи его имуществомъ, покажетъ намъ полная несостоятельность главнѣйшихъ теорій и тѣмъ только подтвердить наше возрѣніе на отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу какого бы возраста пупиллъ ни былъ. И такъ остановимся нѣсколько на воззрѣніяхъ западныхъ ученыхъ. Одни (напр. Günther principia jur. § 516; Haimberger rôm. Privatr. §164; Mackeldey Lehrb. des heut. rôm. R. § 570 Rein Privatrecht Стр. 246; Müller Institut. Стр. 665 и др.) писатели допускаютъ по исключенію уже съ древнѣйшихъ временъ полное представительство, не ссылаясь впрочемъ на источники. Другіе писатели (напр. Keller rôm. Civiprocess Стр. 233, Pandecten § 428 и др.) держатся въ общемъ того же воззрѣнія, причемъ ссылаются, какъ на общее древнее начало, на слова pr. I. 4, 10 pro tutela agere. Затѣмъ другіе писатели (напр. Глюкъ 30 Стр. 435, Mühlenbruch Lehrbuch d. Pandect §592; Löhr Magazin fur die Philosophie und Gesch. des Rechtsw. Grollmann I Стр. 6, Kuntze Cursus § 420, Ihering и др.) считаютъ необходимымъ отложить актъ до того времени, когда пупиллъ въ состояніи будетъ принять личное участіе въ его совершеніи. Далѣе, у множества писателей вопросъ этотъ или вообще обойденъ [1]) или разрѣшается такою голословною софистикою, что подобныя попытки, съ чисто научной точки зрѣнія, не заслуживаютъ и вниманія. Для примѣра приведенъ воззѣніе Дабелова (Handbuch d. Pand. Rechts 3 Стр. 530). Такъ, по его мнѣнію, опекунъ надъ ребенкомъ моложе 7 лѣтъ представляетъ двойную личность: личность пупилла и личность опекуна; слѣдовательно, въ тѣхъ случаяхъ, когда личность пупилла по какимъ нибудь причинамъ не можетъ проявиться, дѣйствіе опекуна при совершеніи акта должно быть разсматриваемо такъ, какъ будто дѣйствовалъ самъ пупиллъ а онъ оказывалъ только свое соучастіе. Наконецъ, самая новѣйшая теорія принадлежитъ Шейрлю (*Scheurl* Beiträge XIII Стр. 12), по мнѣнію котораго опекунъ въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ въ качествѣ protutoris, а уже впослѣдствіи пре-

---

[1]) Обойденъ въ томъ смыслѣ, что группируютъ положенія всѣхъ временъ для математическаго полнаго рѣшенія вопроса, чѣмъ, какъ увидимъ дальше, отвѣта на данный вопросъ не дается, см. напр. Рудорфъ 2 § 129, срав. съ 1 стр. 35; Tigerström, Die innere Geschichte des röm. Rechts, 1 § 156 прим. 3 и др.

торъ ратихабируетъ его дѣйствія чрезъ посредство in integrum restitutio.

Прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію цитированныхъ воззрѣній, укажемъ на тѣ затрудненія, которыя до сихъ поръ дѣлали отвѣтъ на данный вопросъ съ полнымъ убѣжденіемъ въ его достовѣрности рѣшительно невозможнымъ. Такъ согласиться съ выводами изъ достовѣрныхъ положеній запрещаетъ юридическая логика, а средствъ обхода этихъ выводовъ на основаніи положительныхъ данныхъ мы не знаемъ. Однимъ словомъ, до сихъ поръ это былъ одинъ изъ такихъ вопросовъ, которые могли быть разрѣшены только вполнѣ извѣстнымъ фактомъ, такъ какъ всевозможныя юридическія правоотношенія могли служить разрѣшеніемъ, а какое изъ нихъ дѣйствительно устраняло это затрудненіе, оставалось угадывать.

Поэтому съ положительной стороны все, что мы скажемъ далѣе, будетъ относиться къ области однихъ только предположеній, большая или меньшая достовѣрность которыхъ будетъ зависѣть отъ логической опять таки большей или меньшей недостовѣрности предположеній, высказанныхъ всѣми остальными учеными.

Общее правило древняго Римскаго Права гласило: «nemo alieno nomine lege agere potest (L. 123 D. 50, 17); или: . . . . olim in usu fuit, alterius nomine agere non posse (pr. I. 4, 10); или inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cujus juri subjecti non sumus (Gaj. 3 § 103; § 4 I. 3, 19) и т. п. Примѣняя эти выраженія къ рѣшенію нашего вопроса, мы должны бы, не допуская непослѣдовательности, на него отвѣтить въ томъ смыслѣ, что опекунъ надъ инфантомъ или безумнымъ не могъ самъ совершать юридическихъ актовъ отъ имени пупилла. Самъ же пупиллъ, разумѣется, участія въ совершеніи акта принять не могъ, а потому всего логичнѣе допустить, что совершеніе подобныхъ актовъ откладывалось до того времени, когда пупиллъ, наконецъ, становился въ условія, требуемыя закономъ для участія въ совершеніи акта, т. е. исцѣлялся отъ безумія или достигалъ 7-лѣтняго возраста. Но этого воззрѣнія мы не можемъ допустить никоимъ образомъ, такъ какъ не можемъ сомнѣваться въ томъ, что всѣ юридическіе акты совершались за пупилла опекуномъ. Дѣйствительно допустить противное, значитъ съ одной стороны ставить индивида по мѣрѣ его безпомощности все въ худшее положеніе. Такъ, если не безуменъ ребенокъ, то есть еще надежда на скорое совершеніе такихъ актовъ, которые будутъ ему имущественно выгодны. Если же ребенокъ будетъ furiosus, то откладывать совершеніе

подобныхъ актовъ придется быть можетъ на всю его жизнь. [1]) Вѣдь это уже юридически несправедливо. Такъ по этому положенію безумный напр. не могъ получить наслѣдства по завѣщанію (см. Рудорфъ 2 стр. 322).

Съ другой стороны оно несправедливо и по отношенію къ третьимъ лицамъ. Такъ смерть опекаемаго до 7 лѣтъ или вѣчное его безуміе должно было по этому воззрѣнію освободить ихъ отъ взысканія по долгамъ наслѣдодателя и т. п. А такъ какъ долговое право, какъ имущество, составляетъ наслѣдство пупилла, то принять разсматриваемое воззрѣніе, значитъ ограничитъ право наслѣдованія подобныхъ лицъ только имуществами извѣстнаго рода; на это же заключеніе не уполномочиваютъ источники. .Если же недопустить этого воззрѣнія, то конечно слѣдуетъ указать на устраненіе противорѣчія съ совершенно ясными словами источниковъ выше цитированныхъ. Писатели второй теоріи ссылаются на слова pr. I. 4,10... pro tutela agere,» какъ на общее исключеніе для опеки изъ древняго правила о недопущеніи какого бы то ни было представительства. Но это мнѣніе, въ силу распространенія исключенія изъ одного частнаго случая процесса на совершеніе всѣхъ актовъ, быть можетъ и вѣрно, да слишкомъ проблематично (см. ниже). Шейрль (ст. 11) полагаетъ, что это мнѣніе невѣрно въ силу общаго древняго начала о представительствѣ судебномъ или при совершеніи другого какого либо акта. Слова pr. I. cit. и не противорѣчатъ этому началу, но упоминаютъ только объ исключеніяхъ, а въ чемъ состоитъ сущность этихъ исключеній, это уже вопросъ иной. Если же мы отвергаемъ только что разсмотрѣнное мнѣніе, то не потому, что оно было бы невозможно въ тотъ періодъ, о которомъ мы говоримъ, а потому что, опираясь на частное исключеніе и притомъ ничего не выясняющее, его выдаютъ за общій несомнѣнно достовѣрный законъ для совершенія опекуномъ всевозможныхъ актовъ.

Но если невозможно допустить для древности общее представительство опекуна, опираясь на какія бы то ни было данныя, то тѣмъ менѣе имѣетъ вѣроятіе теорія, допускающая это представительство въ силу одного предположенія. Дѣйствительно, этой теоріи окон-

[1]) Фрагментъ L. 5 D. 50,17 не можетъ быть приводимъ (Mühlenbruch § 607) въ подтвержденіе этого положенія, такъ какъ рѣчь въ немъ идетъ только о томъ, что несовершеннолѣтній можетъ совершать omnia negotia tutore auctore, безумный же, разумѣется, того не можетъ. О томъ же, что акты совершаются для него другимъ какимъ нибудь способомъ или вовсе не совершаются, цитированный фрагментъ не говоритъ.

чательно противорѣчатъ тѣ позднѣйшія положенія права, которыми мало по малу вырабатывался тотъ институтъ, который писатели этой теоріи хотятъ уже видѣть и въ древнемъ Правѣ. Такъ напр. пріобрѣтеніе наслѣдства былъ въ высшей степени личный актъ; потому за пупилла его не могъ совершать опекунъ. Въ классическія времена сначала былъ допущенъ обходъ этого затрудненія для infantiae majores:... pro herede tutore auctore, gerere posse videtur L. 65 § 3 D. 36, 1, L. 5 C. 6, 30); а уже только впослѣдствіи дозволено было опекуну принимать наслѣдство за пупилла (L. 8 C. Th. 8. 18; L. 18 pr § 2, 4 C. 6,30). Точно также только Юстиніаномъ разрѣшено было soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem и наоборотъ (L. 7 pr. C. 6, 49 срав. съ прежнимъ правиломъ L. 37 § 1; L. 39, D. 36,1. Или напр. срав. L. 7 § 3, § 7—9 C. 5, 70 съ L. 11 D. 26,8; L. 35 D. 36,1). Далѣе общимъ положеніемъ древности было: inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cujus juris subjecti non sumus (Gaj. 3 § 103; § 4 I. 3, 19). По иниціативѣ только Юліяна это положеніе было обойдено для опеки, хотя и не въ полныхъ его послѣдствіяхъ (L. 9 pr. D. 26,7; L. 2 D. 26,9; L. 2 C. 5, 39). Тоже можемъ сказать и о другихъ юридическихъ актахъ, представительство опекуна по которымъ допущено было только впослѣдствіи, какъ напр. при заемѣ (L. 8. L. 9 § 7; L. 16 D. 16, 7), при constitutum (L. 5 § 9 D. 13,5) и друг. (см. Рудорфъ 2 § 129, 130, 131).

И такъ предполагать для древности представительство опекуна значитъ предполагать то, чего положительно не могло быть, какъ это слѣдуетъ изъ положительной исторіи отдѣльныхъ узаконеній.

На томъ же pr. I. 4,10 построено и воззрѣніе Шейрля. Это воззрѣніе столь несостоятельно, что требуетъ менѣе всего возраженія. Protutor называется такое лицо, которое, не будучи опекуномъ, отправляетъ его обязанности; причемъ можетъ только ошибаться въ своемъ назначеніи, т. е. считать себя за дѣйствительнаго опекуна или только выдавать себя за него (L. 1 § 1 D. 27,5). Лицо, которое tutor non esset, чтобы быть протуторомъ, должно animo tutoris gerere (L. 1 § 7 D. 27,5). Самое названіе protutor образовано по аналогіи со словомъ «proconsul», которое Цицеронъ употребляетъ вмѣсто словъ «loco consulis» (*Cic.* orat. pro Leg. Manil. cap 21 nr. 62). Слѣдовательно, protutela больше ничего, какъ суррогатъ tutelae, а потому на нее должны распространяться всѣ положенія объ опеки съ тѣми ограниченіями, которыя необходимо вытекаютъ

изъ ея неполнаго опекунскаго характера. Дѣйствительно, нѣтъ ни одного выраженія ни въ Tit. de eo, qui tutore prove curat. negot. gess. Dig. 27,5, ни въ Tit. quod falso tutore auctore getsum esse dicat D. 27,6, которое хотя бы намекало на что нибудь подобное словамъ Шейрля. Напротивъ, мы имѣемъ положительныя указанія источниковъ того, что нѣкоторые юридическіе акты protutoris недѣйствительны. Такъ продажа имущества пупилла не влечетъ за собою даже давности, и пупиллъ всегда получаетъ право отыскивать свою вещь (L. 4 § 24 D. 44,4 срав. съ L. 2 D. 27,5) Также недѣйствительна уплата протутору со стороны третьихъ лицъ (L. 14 § 2. L. 34 § 4 D. 46,3). Напротивъ, эти два акта вполнѣ свободно совершались опекуномъ. Послѣ этого странно былобы приписывать протутору большій объемъ дѣятельности и власти надъ имуществомъ пупилла, чѣмъ опекуну. Кромѣ того, что касается въ частности ratihabitio актовъ опекуна, то мы имѣемъ положительныя свидѣтельства источниковъ о томъ, что эта ratihabitio допускалась только впослѣдствіи и то на основаніи особаго закона (L. 12 § 1 D. 26,7; L. 1 55 D.27.6); слѣдовательно для древнѣйшихъ временъ о ней нельзя и говорить.

Послѣ всего сказаннаго о воззрѣніяхъ новѣйшихъ ученыхъ не трудно замѣтить, что, вопервыхъ, рѣшить вопросъ въ смыслѣ 1-ой разсмотрѣнной теоріи, т. е. какъ послѣдовательный выводъ изъ отсутствія въ древности представительства, запрещаетъ юридическая логика, а слѣдовательно можемъ заключить, что въ этихъ послѣдовательныхъ выводахъ для древности не было необходимости. Во вторыхъ допустить въ древнемъ Римскомъ Правѣ непослѣдовательность въ проведеніи общаго начала о представительствѣ, какъ мы видѣли по поводу второй теоріи, не основательно; а слѣдовательно опять можемъ сдѣлать то заключеніе, что древность не нуждалась и въ этой непослѣдовательности, т. е. въ формахъ уже позднѣйшихъ правоотношеній. Послѣднія слова относятся и къ воззрѣнію Шейрля.

Но если пріискиваніе болѣе или менѣе остроумныхъ средствъ не можетъ насъ довести до положительнаго рѣшенія вопроса за неимѣніемъ достовѣрныхъ данныхъ, то общее положеніе въ древности опекуна къ опекаемому имуществу, съ нашей точки зрѣнія, по крайней мѣрѣ вполнѣ поясняетъ молчаніе древнихъ источниковъ, постепенный обходъ древняго начала о представительствѣ съ измѣненіемъ взгляда на это отношеніе, притомъ не оставляя никакихъ натяжекъ въ послѣдовательномъ проведеніи положенія. И такъ для древности во-

обще вопросъ того времени, когда онъ разрѣшался положительно, не имѣетъ никакого смысла. Такъ дѣйствительно зададимся вопросомъ: какъ поступалось съ тѣми актами, на которые даже для древнѣйшихъ временъ по ихъ юридическому смыслу не могло распространяться значеніе древней опекунской власти, а потому требовалось для совершенія ихъ личное участіе пупилла?

Прежде всего спросимъ: много ли могло быть подобныхъ актовъ въ древнемъ Римскомъ правѣ? Только два и то только съ перваго взгляда: 1) принятіе и отказъ отъ наслѣдства, 2) процессъ perlegis actiones въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, когда основаніемъ иска было личное право пупилла. Оба акта для древности затрудненій не представляли.

Вопервыхъ, наслѣдованіе ob intestato. Если пупиллъ былъ suus heres (Gaj. 2 § 156; Coll. leg. Mosaic. tit. 16 Кр. 2 § 2 и слѣд. ed. Böcking), то моментъ delationis былъ въ тоже время и моментомъ acquisitionis hereditatis (statim ipso jure heredes existunt Gaj. 2 § 157; L. 6, 3 D. 29, 2; L. 14 D. 38, 16), т. е. иначе наслѣдство непосредственно присоединялось къ опекаемому имуществу. Если же пупиллъ не былъ suus heres, а просто ближайшій агнатъ или родичъ (gentilis), то форма выраженія XII таблицъ заставляетъ для древности и въ данномъ случаѣ принять тоже правило: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam *habeto* (*Bruns* fontes стр. 17 см. также § 5 I. 3, 2), т. е., если не имѣется suus heres, то наслѣдство ipso же jure переходитъ къ такимъ то лицамъ. Нашу интерпретацію подтверждаетъ помимо грамматической формы цитированнаго фрагмента и то уже, что различіе между necessarii и voluntarii heredes могло имѣть значеніе только въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ, когда сдѣлалась obnoxia уже bona (законъ Петелія). До того же если и допустить съ нѣкоторыми учеными имущественное взысканіе по долговымъ обязательствамъ, какъ добавочное къ личному взысканію (напр. Huschke Nexùm стр. 61; Bethmann-Hollweg Civilpr. 1 § 32 и др.), то во всякомъ случаѣ оно не могло идти свыше имущества, принадлежавшаго покойному должнику, такъ какъ долговое обязательство, какъ тяготѣвшее на лицѣ должника, не могло имѣть никакого отношенія къ другому лицу. Поэтому преимущество, которое имѣли heredes voluntarii предъ necessarii, преимущество, выражаемое въ правѣ свободнаго recusatio, omissio, repudiatio, hereditatis могло имѣть смыслъ только уже въ позднѣйшемъ правѣ. Далѣе, всѣ формы, предписанныя для aditio hereditatis, касаются или на-

слѣдованія по завѣщанію (cretio), или по преторскому праву (agnitio bonorum possessionis). Чтобы не вступить въ наслѣдованіе ab intestato нужна была по Гайю contraria destinatio (Gaj. 2 § 16 9; § 7 I. 2, 19). Итакъ фрагментомъ XII таблицъ не опредѣлялось различіе въ моментахъ delationis и acquisitionis hereditatis, ни для кого изъ наслѣдниковъ по закону, а опредѣлялся только порядокъ открытія, а слѣдовательно, по смыслу древняго права, и пріобрѣтенія наслѣдства. Intestatorum hereditatis lege XII tab. *primum adsuos heredes pertinent* (Coll. leg. Mos. et Rom. tit. 16 Кр. 2 § 1 срав. съ Кр. 3 § 3) sc. deinde agnatis, gentilibus (pertinent). Итакъ отсутствіе всякой дѣеспособности не мѣшало пупиллу пріобрѣтать по закону наслѣдство. Отказываться же послѣ выше сказаннаго не представлялось надобности. Во вторыхъ наслѣдованіе по завѣщанію. Въ древнемъ Римѣ послѣдняя воля, въ формѣ ли завѣщанія по позднѣйшему смыслу, или только въ формѣ отказовъ (legatum см. Köppen System das heut. röm. Erbrechts 1 стр. 10; frag. изъ XII tab. Bruns стр. 17), всегда высказывалась въ народныхъ собраніяхъ (testamentum calatis comitiis conditum Gell. 15. 27; Gaj. 2 § 101, testamentum in procinctu cond. Gaj. id.; Festus v. in procinctu; Cic de orat. 1, 53). Примемъ ли значеніе народнаго собранія въ данномъ случаѣ, какъ торжественное засвидѣтельствованіе воли наслѣдователя (Dernburg Beiträg. z. Geshicht. d. röm. Testam. стр. 16), или какъ народное утвержденіе этой воли (Koppen стр. 13; Mommsen röm. Geschicht. 1 стр. 156),—во всякомъ случаѣ, воля эта получаетъ такую непреложную силу съ формальной стороны, что о какомъ бы то ни было согласіи наслѣдника не можетъ быть и рѣчи. Впрочемъ несогласія нельзя было и предположить, если вспомнимъ сказанное о долговыхъ взысканіяхъ въ древнемъ Римѣ. Слѣдовательно по двумъ основаніямъ мы можемъ предположить, что смерть наслѣдодателя ipso jure вела за собою переходъ отказаннаго въ собственность пупилла [1]). Наше положеніе тѣмъ болѣе вѣроятно, что выраженіе воли наслѣдника, какъ условіе принятія наслѣдства, имѣло практическій

---

[1]) Пухта (Cursus d. Inst. 3 § 306) и др. предполагаютъ, что назначеніе извѣстнаго лица въ наслѣдники совершалось чрезъ посредство усыновленія (adoptio). Такъ какъ положительнаго заключеніе о достовѣрности или недостовѣрности этого воззрѣнія, за неимѣніемъ никакихъ данныхъ, сдѣлать не можемъ, то скажемъ только, что если даже выходить изъ воззрѣнія Пухты, все таки вѣрность нашего положенія остается одна и таже. Въ такомъ случаѣ слѣдуетъ примѣнить наше разсужденіе о наслѣдованіи по закону.

и отвѣчать по нимъ отъ собственнаго лица. Это наше заключеніе мы можемъ подтвердить главнымъ образомъ содержаніемъ закона Хостилія (lex Hostilia), по которому дозволено было вчинать искъ о воровствѣ между прочимъ отъ имени тѣхъ, кои состоятъ подъ опекою такихъ лицъ (pr. I. 4, 10), но такъ какъ нелогично было бы предположить, что до изданія этого закона имущество пупилла оставалось беззащитнымъ даже отъ грабежа (древній римскій furtum, какъ извѣстно, соединялъ въ себѣ понятія и воровства, и грабежа), то остается только принять, что въ такомъ случаѣ искъ вчинался самимъ опекуномъ suo nomine (см. Beth-Hollweg 1 § 33) въ качествѣ формальнаго собственника опекаемаго имущества (см. L. 56 § 4 D. 47, 2). Законъ Хостилія съ одной стороны указываетъ на измѣнившееся уже воззрѣніе объ отношеніи опекуна къ опекаемому имуществу, а съ другой стороны, допуская между прочимъ представительство опекуна для частнаго случая, тѣмъ свидѣтельствуетъ, что подъ древнее разрѣшеніе pro tutela agere послѣдній случай не подходилъ, а не подходилъ онъ потому, что въ древности разрѣшалось представительство опекуна въ тѣхъ только случаяхъ, когда необходимо должно было выступить личное право пупилла; въ тѣхъ же случаяхъ, когда право иска опредѣлялось только принадлежностію опекаемаго имущества, тогда о представительствѣ не могло быть и рѣчи, такъ какъ истцомъ или отвѣтчикомъ являлся самъ опекунъ отъ своего имени, какъ формальный собственникъ этого имущества.

Въ качествѣ же domini loco опекунъ могъ и манципировать и in jure цедировать, стипулировать и т. д. самъ (см. Bachofen. Das Veräusserungsverbot der oratio Severi въ его Ausgewählte Lehren das röm. Civilrechts) или даже чрезъ рабовъ (L. 5 § 10 D. 13, 5; L. 20 § 1 D. 15, 3; L 9 pr. D. 26, 7; L. 12 in fin. D. 26, 8; L. 50 D. 29, 2; L. 1 pr. D. 45, 1; L. 2, 6 D. 46, 6).

Въ общемъ результатѣ, слѣдовательно, спорный вопросъ для древности вполнѣ рѣшается общимъ положеніемъ опекуна къ опекаемому имуществу. Этимъ положеніемъ вполнѣ устранялся пупиллъ отъ всякаго участія въ дѣятельности опекуна [1]).

Въ частности этотъ необходимый выводъ изъ всего сказаннаго

---

[1]) У Геллія находимъ извлеченіе изъ древнѣйшихъ опредѣленій опекунскихъ обязанностей: tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque... ut caput liberum fidei suae commissum (5,19). Не касаясь теоретической вѣрности этихъ словъ, замѣтимъ только, что ими ясно выражается поглощеніе личности опекаемаго опекуномъ.

подтверждается и исторіею соучастія опекунскаго уже въ дѣятельности, хотя только формальнаго значенія, самого пупилла. Ни одинъ почти [1]) писатель не обращалъ вниманія на этотъ вопросъ, а между тѣмъ одинъ отвѣтъ на него въ состояніи совершенно измѣнить взглядъ на характеръ древней опеки. Послѣ всего сказаннаго о возможности въ древности личной дѣятельности пупилла становится совершенно понятно молчаніе древнихъ историковъ объ auctoritas tutoris. Разъ упоминается о немъ глухо только при tutela sexus (Bruns fontes XII t. Tab. V, 2) и то должно замѣтить, что хотя въ этомъ фрагментѣ Гай (2 § 47) и упоминаетъ объ auctoritas tutoris при tulela sexus, какъ извѣстномъ уже въ XII таблицахъ, но во первыхъ по способу выраженія его положеніе XII таблицъ могло только ограничиваться главнымъ содержаніемъ его (mulieris.... res mancipi usu capi non poterant); а во вторыхъ слова Гайя можемъ отнести и не къ XII таблицамъ, а къ интерпретаціи ихъ; какъ это дѣйствительно и было въ обыкновеніи у классическихъ писателей относить древнѣйшую интерпретацію XII таблицъ къ содержанію самихъ этихъ законовъ (см. ниже). И такъ по всей вѣроятности auctoritas tutoris впервые появилось для совершеннолѣтнихъ женщинъ при совершеніи актовъ, уже требовавшихъ непремѣнно личнаго участія пупилловъ; а за тѣмъ и для пупилловъ, qui fari possunt, т. е. понимавшихъ смыслъ произносимыхъ словъ, но не сущность акта. (Theophilus ad. § 10 I. 3, 19. L. 10 D. 22, 6). Самымъ положительнымъ доказательствомъ того, что древній бытъ не зналъ ничего о такъ называемой auctoritas tutoris, говоритъ намъ то обстоятельство, что, разрѣшая infantiae majores совершать акты при соучастіи опекуна, источники смотрѣли на это разрѣшеніе, какъ на нѣчто противное положеніямъ древняго строгаго права. Такъ во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ говорится о дѣятельности infantiae majorum cum tutoris acutoritate, всегда употребляются выраженія въ родѣ: benignior juris interpretatio; propter utilitatem receptum; favorabiliter iis praestatur [2]) и т. п. (см. Gaj. 3 §§ 107, 109; § 9, 10 I. 3, 19; Theoph. ad. § 9 I. cit; L. 9 D. 29 2; L. 1 § 13 D. 44, 7; L. 6 D. 46, 6). А изъ этого слѣдуетъ, что по первоначальному воззрѣнію положительнаго права infantiae ma-

---

[1]) Слегка упоминаетъ только Goldschmidt, Von der Verpflichtung der Unmündigen, § 7 (Archiv für. d. civilist. Prax. 39).

[2]) Особенно ясно сопоставленіе словъ у Теофила (ad § 10 I. 1,19): *Placuit autem non secundum juris rigorem, sed secundum humaniorem ratiocinationem...*

jores не допускались къ совершенію юридическихъ актовъ при соучастіи опекуна. Послѣ этого остается только прибавить, что даже и это разрѣшеніе не разсматривалось какъ абсолютное, такъ еще преторскій эдиктъ предоставлялъ на усмотрѣніе опекуна auctoritatem interponere (L. 1 § 2 D. 26, 7). Въ частности для случая hereditatis aditio опекунское соучастіе упоминается въ источникахъ только уже самаго позднѣйшаго происхожденія (L. 9 § 3 D. 26, 8 (Gaj. ad ed. pror.) L. 26 D. 28, 7 (Pomp. ad. Q. M.); L. 8 pr. D. 29, 2 (Ulp. ad. Sab.); L. 17 § 1 D. 49, 1 (Modest. reg.); L. 18 § 4 C. 6, 30).

Итакъ если въ позднѣйшихъ источникахъ мы встрѣчаемъ подобныя выраженія, какъ: pupillus omne negotium recte gerit (§ 9 J. 3, 20 взято у Гайя 3 § 107); pupillus... acquirere potest (L. 9 D. 29, 2) или еще сильнѣе въ конституціи Ѳеодосія и Валентиніана... nulla dubietate relicta, quin pupillus... ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere (L. 18 § 4 C. 6, 30);.. ipse pupillus praeposuit (L. 9 D. 14, 3) и т. п.,—то мы не должны забывать, что все это—послѣдствіе benignioris interpertationis juris stricti, измѣнившей окончательно взглядъ на отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу, такъ что по смыслу цитированныхъ выраженій настоящимъ аукторомъ, хотя только съ формальной стороны всевозможныхъ актовъ по имуществу могъ быть самъ пупиллъ; а подобныя грамматическія формы, какъ: cum или sine tutoris auctoritate (напр. L. 9 pr. D. 26, 8; L. 9 D. 29, 2) или—tutore auctore (напр. L. 13 D. 26, 8; L. 1 § 3 D. 41, 2),—указываютъ, что на auctoritas tutoris, хотя только съ формальной стороны, смотрѣли въ позднѣйшемъ правѣ, какъ на нѣчто побочное, прикладное къ главной дѣятельности самого пупилла. Вотъ потому то мы и переводимъ auctoritas tutoris словами *соучастіе опекуна*.

Все сказанное въ результатѣ свидѣтельствуетъ за то, что если въ позднѣйшемъ правѣ формально аукторомъ всевозможныхъ актовъ по опекаемому имуществу могъ быть самъ пупиллъ, а слѣдовательно и собственникомъ опекаемаго имущества разсматривался онъ же, то съ другой стороны основаніе подобнаго положенія, высказанное самими источниками (ben. interpretatio и т. д.), показываетъ ясно, что прежде пупиллъ не могъ быть аукторомъ никакого акта, а былъ имъ, слѣдовательно, опекунъ, а потому онъ же разсматривался формально и собственникомъ опекаемаго имущества. Итакъ слѣдовательно тоже положеніе, исторію котораго мы прослѣдили на отдѣльныхъ частныхъ актахъ, оказывается вѣрнымъ при общемъ обратномъ заключеніи.

Это же положеніе будетъ—полное господство опекуна надъ опекаемымъ имуществомъ на правахъ его собственника, каковымъ положеніемъ опекуна вполнѣ исключалась всякая дѣеспособность пупилла, какого бы возраста онъ ни былъ. Кромѣ дѣеспособности, какъ мы видѣли, исключалась даже и формальная дѣятельность пупилла, а такъ какъ только по отношенію къ праву проявлять свою волю могло имѣть значеніе подраздѣленіе жизни индивида на возрасты (см. ниже), то послѣ всего сказаннаго мы должны консеквентно отрицать подраздѣленія возраста несовершеннолѣтія въ древнемъ Римѣ.

Писатели, занимавшіеся исторіею опеки, какъ то вовсе упускали изъ виду вопросъ: зналъ ли древній Римъ подраздѣленіе возраста несовершеннолѣтія на дѣтство и т. д., извѣстныя въ позднѣйшемъ правѣ? А между тѣмъ положительный отвѣтъ на него, помимо того, что измѣняетъ окончательно взглядъ на исторію института, даетъ совершенно ложный историческій принципъ о дѣеспособности пупилла извѣстнаго возраста.

Отрицаніе этихъ подраздѣленій для древности необходимо вытекаетъ изъ нашего воззрѣнія на древнюю опеку, а будучи положительно доказаннымъ окончательно подтверждаетъ это воззрѣніе.

О возрастахъ.

Для отдаленныхъ временъ римской исторіи, когда уже впрочемъ вполнѣ организовался институтъ опеки, мы отрицаемъ существованіе всякой искусственной регламентаціи возрастовъ по количеству лѣтъ [1]). Доказательствами могутъ служить: вонервыхъ то обстоятельство, что еще во времена Гайя и Ульпіяна не рѣшенъ былъ споръ о томъ, кого считать совершеннолѣтнимъ (Gaj. 1 § 196; Ulp. 11 § 28). Во вторыхъ, всякое точное опредѣленіе возрастовъ по числу лѣтъ было невозможно по крайней мѣрѣ до 2-го вѣка по Р. Х. уже потому, что только впервые Маркомъ Авреліемъ предписано было записывать имена дѣтей въ первые 30 дней по ихъ рожденіи въ публичные регистры, хранившіеся въ храмѣ Сатурна (Capitolin. vita M. Anton. cap. 9). Въ третьихъ, если бы сроки возрастовъ были опредѣлены по лѣтамъ, мы не встрѣчали бы въ источникахъ случаевъ, когда въ за-

[1]) См. Hugo, Lehrbuch der Gesch. d. röm. R. 8 изд. стр. 121, 370, 670; Glück 29 стр. 32; Meyer von dem Unterschied zwischen Tut. u. Curatel, Unmündig. u. Minderj. Стр. 41; Goldschmidt § 4, Dirksen и др. См. въ частности для брака L. 14 D. 23,1.

вѣщаніяхъ опредѣлялось, съ какого времени должно считаться совершеннолѣтіе пупилла для прекращенія надъ нимъ опеки (L. 49 D. 30; L. 36 § 1 D. 35, 1; L. 46 D. 36, 1, см. также Посланіе Апостола Павла къ Галатамъ, Гл. 4, 1 и 2 [1]). Въ четвертыхъ, принимая одновременность tirocinium fori (совершеніе различныхъ торжественныхъ церемоній, соединенное съ облаченіемъ въ toga virilis, см. Gell. 5, 19; Festus v. vesticeps) съ объявленіемъ совершеннолѣтія, мы должны отрицать существованіе всякаго законнаго срока уже потому, что примѣры, находимые у римскихъ писателей, не даютъ возможности остановиться на извѣстномъ годѣ, когда индивидъ становился vesticeps. Колебаніе отъ 14-го до 20-го года! (см. Rein стр. 114; Rossbach, Untersuchung über d. röm. Ehe, стр. 413, 414; Pardessus, Mémoire sur les differ. rapports s. lesquels l'age était consid. d. la legislat. rom. стр. 309 и слѣд. въ Mémoire d. l'Acad. royal. d. Inscript. et belles lettres т. 13). Въ пятыхъ, наконецъ, латинское слово pubertas (отъ pubes) ясно указываетъ на физическую зрѣлость (Festus: pubes et puber qui generare potest срав. съ Isidorus Orig. 11, 2; Quintil. Inst. or. 4, 2 § 5), отъ которой и ставилось въ зависимость совершеннолѣтіе (см. *Cramer* de pubertatis termino ex disc. Rom. въ Kleine Schriften, стр. 42).—Послѣ всего этого, намъ, кажется, невозможно болѣе сомнѣваться въ томъ, что законныхъ сроковъ древній Римъ не зналъ. Писатели противнаго взгляда (см. напр. Рудорфъ 3 § 202; Росбахъ стр. 404—418; Schweppe Röm. Rechtsgesch. § 238 опредѣляетъ возрастъ совершеннолѣтія съ 17 л.; и др.) часто на ряду съ законными сроками допускаютъ, впрочемъ, и требованіе физическаго развитія, какъ смягченіе правила. Мы не отрицаемъ того факта, что и въ древнѣйшія времена мужское совершеннолѣтіе наступало приблизительно около 14, 15, 16 лѣтъ (Cramer стр. 42 и 43) и даже быть можетъ всего чаще въ 14 лѣтъ иначе къ чему бы было позднѣйшему законодательству брать именно этотъ срокъ, какъ границу между совершеннолѣтіемъ и несовершеннолѣтіемъ. Вѣдь сроки возрастовъ не выдумываются, а подмѣчаются съ устраненіемъ уклоненій въ меньшинствѣ случаевъ. Быть можетъ даже это совпаденіе 14 (15, 16) лѣтняго возраста съ физическимъ совершеннолѣтіемъ замѣчалось уже давно, но все таки законные то сроки окончательно достовѣрно вошли въ законодательство только при Юстиніанѣ (pr. J. 1, 22; L. 3 C. 5, 60; L. 25 C. 5, 4). Что

[1]) (Наслѣдникъ) подчиненъ попечителямъ и домоправителямъ *до срока, отцемъ назначеннаго.*

касается до доказательствъ противнаго, то каждое въ частности не выдерживаетъ критики: Just, 1, 22. [1]) говоритъ только о мнѣніяхъ прежнихъ юристовъ, на что ясно указываютъ слова «quidem и aestimari volebant». Грамматикъ же Сервій (Ad. Aen. 7, 53 см. также ad Eclog. 8, 40) говоритъ только о томъ, что было по закону (secundum jus dictum) въ его время.

Мысль о тѣлесномъ освидѣтельствованіи (habitus corporis) и законныхъ сроковъ для постояннаго опредѣленія совершеннолѣтія обыкновенно относятъ къ спору школъ Сабиніанской и Прокуліанской (Ulp. 11, 28). Но habitus corporis находятъ несогласнымъ съ нравами времени существованія школъ, почему если бы не традиція, то подобная мысль и не могла бы зародиться у юристовъ. Былъ ли подобный осмотръ противенъ вообще нравамъ, это еще впрочемъ сомнительно, особенно если вспомнимъ развращенность императорскихъ временъ (см. напр. труды Гиббона и новѣйшіе Раме). Съ другой же стороны, юридическія нормы не зависятъ отъ щепетильности, [2]) тѣмъ болѣе въ данномъ случаѣ, когда разумъ человѣческій никогда не сомнѣвался въ томъ, что единственно безошибочное опредѣленіе физическаго совершеннолѣтія возможно только при осмотрѣ каждаго индивида (certissimum autem puberem esse, qui et ex habitu corporis pubertatem ostendat et generare jam possit. Isid. orig. 11, 2). Законные сроки есть искусственное установленіе законодательной власти, введенное въ виду извѣстнаго неудобства тѣлеснаго осмотра.

Наконецъ, объяснять уклоненія отъ принятаго срока въ единственно извѣстныхъ примѣрахъ извѣстными обстоятельствами значитъ просто сказать, что то, что намъ неизвѣстно, будетъ такъ-то. Съ этимъ, разумѣется, ужъ спорить нельзя.

Итакъ искусственно опредѣленные сроки возрастовъ появились въ самыя послѣднія времена Римской Исторіи (см. напр. Tertull. de veland. Virg. 11 и de anima 38). Болѣе точнымъ образомъ опредѣлить время мы не можемъ, да въ томъ нѣтъ и важности, важно только

---

[1]) Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant.

[2]) Какую бы развращенность слѣдовало приписать народамъ допускающимъ докторскія освидѣтельствованія, напр. въ нашихъ рекрутскихъ присутствіяхъ; а вѣдь это же всегда соблюдалось при рекрутскихъ наборахъ и у Римлянъ. Такъ епископъ Исидоръ говорилъ: tirones dicuntur fortes pueri, qui... armis gerendis habiles existunt. Hi enim non ex sola professione nativitatis, sed ex adspectu et valetudine corporis aestimantur (Isidor. orig. 9, 3 см. т. Gell. 10, 28; Plin. histor. nat. 7, 29).

*

указать, чего не было, а это кромѣ того подтверждается еще и тѣмъ, что сколько извѣстно о древнѣйшей исторіи всѣхъ народовъ, искусственныхъ сроковъ они не знали (см. напр. Hermann Lehrbuch der griechischen Antiquitat. 3 Стр. 179, 271 и слѣд.; Неволинъ Истор. Гражд. Закон. 1 § 193; Kraut Vormundschaft. 1 Стр. 110-165). Окончательно же уставились сроки послѣ конституцій Юстиніана (L. 3 C. 5, 60; L. 25, 5, 4; pr. I. 1, 22), разрѣшившій споръ [1]) Сабиніанской и Прокуліанской школъ въ смыслѣ законныхъ сроковъ.

Конечно, все до сихъ поръ сказанное о срокахъ возрастовъ относится исключительно къ мужскому полу, такъ какъ первоначально только на дѣеспособность лицъ этого пола имѣли вліяніе возрасты. Женщины же, какъ будетъ доказано впослѣдствіи, разсматривались въ древнемъ Римѣ впродолженіи всей своей жизни, какъ несовершеннолѣтнія по отношенію къ политическимъ и гражданскимъ правамъ. Поэтому намъ безразлична существовалъ ли 12 лѣтній возрастъ съ самаго начала Римской исторіи или нѣтъ [2]), такъ какъ имъ опредѣлялась только возможность состоять въ бракѣ (на это указываетъ и

---

[1]) Споръ этотъ не ограничивался опредѣленіемъ срока только брачнаго совершеннолѣтія, какъ думаютъ нѣкоторые писатели (напр. Bynkershoekius Observ. L. 3 cap. 24), а опредѣленіемъ вообще гражданскаго совершеннолѣтія (Cramer стр. 45; Paulus Rec. Sent. 3, 4 § 2).

[2]) Вопросъ этотъ споренъ въ литературѣ. Одни писатели (напр. Heineccius Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Pop. Lib. 2 c. 5 стр. 177 и слѣд.; Meyer § 14) полагаютъ, что 12 лѣтній срокъ женскаго совершеннолѣтія введенъ только Lege Iulia et Papia Poppaea. Другіе (Rossbach стр. 418) считаютъ всегдашнее существованіе этого законнаго срока. Вѣрнѣе же всего, что время появленія этого срока совершеннолѣтія неизвѣстно. Что первое мнѣніе невѣрно, слѣдуетъ изъ того, что нѣкоторыя права женщинъ опредѣлялись 12-лѣтнимъ возрастомъ положительно еще въ республиканскія времена (см. ниже). Діонъ Кассій, на котораго обыкновенно ссылаются (см. Heineccius Antiquit. стр. 189), прямо не подтверждаетъ этого мнѣнія (см. цитату изъ Д. К. ниже). Второе мнѣніе невѣроятно уже потому, что имѣетъ за себя единственное свидѣтельство Плутарха (Numa изд. Reiske стр. 310), приписывавшаго опредѣленіе женскаго совершеннолѣтія 12 лѣтнимъ возрастомъ Нумѣ Помпилію, свидѣтельство совершенно основательно непризнанное въ наукѣ за исторически достовѣрное (см. Dirksen Versuche zur Kritik u. Auslegung der Quellen des röm. Rechts, 6 cap. 5 стр. 308). Достовѣрно только то, что возрастъ женскаго совершеннолѣтія опредѣленъ извѣстнымъ количествомъ лѣтъ законно или по обычаю (Cramer стр. 46) раньше возраста мужскаго совершеннолѣтія, къ которому только и относился споръ Пр. съ Саб. (Cramer стр. 44). Такъ уже Діонъ Кассій говорилъ: δώδεκα καὶ ταῖς κόραις ἐς τὴν τοῦ γάμου ὥραν ἔτη πλήρη νομίζεται (54, 16) или Macrobius: feminae propter votorum festinationem maturius biennio legibus liberantur (in Somn. Scipion. 1, 6 см. т. Saturn. 7, 7); срав. pr. I. 1, 22 и Teoph. ibique.

самое названіе совершеннолѣтней женщины, viripotentes L. 1 § 32 D. 29, 5; L. 6 § 2 D. 42, 4), дѣеспособности же не расширялъ.

Но если сроки возрастовъ и не могли быть опредѣлены въ древнемъ Римѣ точнымъ образомъ годами, то этимъ все таки не отрицается возможность существованія съ самыхъ древнихъ временъ возрастовъ, имѣвшихъ извѣстныя юридическія послѣдствія. Остается рѣшить, сколько было такихъ возрастовъ?

Для древнихъ временъ мы принимаемъ только двучленное дѣленіе не на основаніи количества лѣтъ, а на основаніи физической возмужалости въ каждомъ отдѣльномъ индивидѣ, что внѣшнимъ образомъ выражалось въ правѣ носить togam virilem, одѣяніе которой сопровождалось извѣстными религіозными церемоніями. Что до этого же времени всѣ пупиллы стояли по отношенію къ дѣеспособности въ равномъ положеніи, подтверждается какъ общими логическими разсужденіями, такъ и нѣкоторыми прямыми свидѣтельствами римскихъ писателей. Прежде всего должно замѣтить, что всѣ индивиды, носившіе togam virilem, имѣли общее названіе praetextati (L. 3 § 6 D. 3. 30), отъ toga praetextata. Далѣе, изъ оставшихся фрагментовъ XII таблицъ соучастіе опекуна упоминается только для совершеннолѣтней женщины (*Bruns* Fontes Tabul V); изъ этого можно предположить, что auctoritas при опекѣ надъ несовершеннолѣтнимъ еще была неизвѣстна. А, наконецъ, въ извѣстіяхъ нѣкоторыхъ писателей находимъ дѣленія возрастовъ, относимыхъ или къ самымъ отдаленнымъ временамъ Римской Исторіи, а именно къ Сервію Тулію. Такъ Аулій Геллій (Noct. Att. 10. 28) приводитъ по Туберону трехчленное дѣленіе жизни человѣческой въ самыя древнія времена: дѣтство до 17 лѣтъ, юношество до 46 лѣтъ и старость свыше того. Слѣды этого дѣленія остались у нѣкоторыхъ писателей и въ позднѣйшее время. (Cic. Philipp. 2, 5; Sallust. Catilina 49; Ulp. L. 1 § 3 D. 3, 1 см. Montanus De jure tutelarum et curationum Стр. 64). Мы не можемъ сказать, чтобы это извѣстіе было достовѣрно, особенно послѣ того, что сказано нами о невозможности въ древнія времена дѣленія возрастовъ по количеству лѣтъ; но намъ важно только самая суть извѣстія, а именно въ немъ не упоминается о подраздѣленіи возраста несовершеннолѣтія, впервые (Варронъ еще не зналъ этихъ подраздѣленій, см. Рудорфъ стр. 310 прим. 4) встрѣчаемое нами у юристовъ императорскихъ временъ (Gaj. 2 § 113; L. 14 D. 23, 1; L. 5 L D. 28, 1; L. 2 pr. 28, 6). Что въ данномъ случаѣ молчаніе источниковъ должно быть признано за свидѣтельство въ пользу нашего положенія, будетъ

очевидно изъ логическаго противорѣчія противно. При вопросѣ о дѣеспособности лица возраста дѣтства, опредѣлявшаго и другія подраздѣленія несовершеннолѣтія, необходимо принять какіе нибудь внѣшніе [1]) признаки границъ того или другихъ. О церемоніяхъ подобныхъ, какъ при объявленіи совершеннолѣтія, не можетъ быть и рѣчи, остается опредѣленіе количестовомъ лѣтъ, но такъ какъ конецъ несовершеннолѣтія, по отношенію къ которому могло быть опредѣлено дѣтство, не зависѣло отъ количества лѣтъ индивида, то опредѣленіе годами и этого послѣдняго возраста немыслимо для древности (см. Pardessus Стр. 282).

И такъ помимо того, что отрицать подраздѣленія возраста несовершеннолѣтія необходимо уже изъ одного характера отношенія опекуна къ имуществу пупилла, за эту мысль и другія какъ фактическія, такъ и логическія данныя, а потому въ полной достовѣрности ея сомнѣваться трудно. Послѣдстія же этой мысли весьма важны: она, представляя необходимый выводъ изъ нашего воззрѣнія на древнюю опеку, въ то-же время подтверждаетъ это воззрѣніе, а въ общемъ результатѣ получается несомнѣнный историческій принципъ, *что опекаемые вообще въ древнемъ Римѣ были вовсе лишены дѣеспособности.* Остается посмотрѣть, было-ли проведено это начало и въ позднѣйшемъ правѣ? Тутъ мы сталкиваемся, вопервыхъ, съ разными подраздѣленіями возраста несовершеннолѣтія, которыя при извѣстномъ направленіи мысли могутъ быть поняты, какъ дѣйствительно и понималось, за смягченіе древней или полной недѣеспособности пупилла, вышедшаго изъ состоянія дѣтства (infantiae majores), а вовторыхъ, съ соучастіемъ опекуна (auctoritas tutoris), которое можетъ быть понято и дѣйствительно понималось весьма часто въ такомъ смыслѣ, что имъ охранялся пупиллъ извѣстнаго возраста отъ имущественныхъ убытковъ, какъ послѣдствій предоставленной имъ полной дѣеспособности.

Когда появились эти другія подраздѣленія, особенно сроки дѣтства, сказать на основаніи источниковъ невозможно. Положительно мы только знаемъ, что впослѣдствіи римляне различали возрастъ несовершеннолѣтія, совершеннолѣтія, подраздѣляя первый на возрастъ infantia и infantiae majores, а послѣдній опять на infantiae proximi и pubertati proximi; второй-же возрастъ опять раздѣляли точнымъ

[1]) Мы говоримъ «внѣшніе», такъ какъ философское (см. Рецензентъ Heidel. Zeitschr. за 1815 г. стр. 664 и слѣд.) основаніе классическихъ писателей немыслимо предположить для древняго Рима.

опредѣленіемъ количества лѣтъ на различные разряды. Впрочемъ, это дѣленіе возрастовъ не было обще употребительнымъ [1]) у римскихъ писателей. Но мы останавливаемся на немъ потому, во первыхъ, что оно по преимуществу употреблялось въ сводѣ Юстиніана, во вторыхъ, въ главныхъ чертахъ вошло въ Пандектное право, какъ дѣйствующее въ Германіи (см. Sintenis pract. Civilrecht § 13; Kraut. Vorm. 1 стр. 154); въ третьихъ, сторонниками его были классическіе писатели-юристы (см. напр. Gajus 2 § 113; Paulus Recept. Sent. 3, 4 a § 1; Ulpianus L. 1 D. 28, 1; L. 2 pr. D. 28, 6; Modestinus L. 14 D. 23, 1), а въ четвертыхъ, новѣйшіе писатели, трактуя о дѣеспособности опекаемыхъ, принимаютъ дѣленіе возрастовъ обыкновенное въ Юстиніановомъ Сводѣ; почему въ виду спорности вопроса и мы должны выходить изъ того же дѣленія.

И такъ скажемъ сначала объ опекѣ надъ несовершеннолѣтними (tutela impuberum), а за тѣмъ уже объ опекѣ надъ женщинами (tutela sexus).

Tutela impuberum. Слѣды постепеннаго образованія сложной системы правъ и обязанностей, по отношенію къ возрасту, довольно ясно обозначились въ Юстиніановомъ Сводѣ. Скажемъ прежде всего о дѣеспособности пупилла моложе 7 лѣтъ [2]) (infantes L. 14 D. 23, 1; L. 1 § 2 D. 26, 7; L. 18 § 4 C. 6, 30). До 7-ми лѣтняго возраста пупиллъ не имѣлъ ровно никакой дѣеспособности (L. 1 § 2 D. (26, 7) см. Montanus стр. 68; *Thibaut.* T. 1. § 519); онъ даже

---

[1]) Такъ напр. Варронъ принималъ quinque aetatis gradus: pueri до 15 adolescentes до 30, juvenes до 45, seniores—до 60, а выше—senes. Цензоринъ дѣлилъ жизнь человѣческую уже на 7 частей: infantia, pueritia, adolescentia, juventus, virilitas, senectus и decrepitas и т. д. (см. у Montanus стр. 64, 65, 66 и слѣд.). Притомъ должно замѣтить, что всѣ эти разнообразныя дѣленія не оставались только выдумкой извѣстнаго писателя, а находили себѣ сторонниковъ и между юристами практиками, чему, конечно, способствовало отсутствіе всякой законной регламентаціи возрастовъ. Этимъ такъ-же объясняется, почему и у глоссаторовъ встрѣчается разногласіе, подкрѣпляемое ссылками на того или другаго римскаго писателя.

[2]) О числѣ лѣтъ возраста infantiae см. споръ между Унтергольцнеромъ (Heidelb. Jahr. 8 за 1815 г.) и Савиньи (Zeitschr. für gesch. Rechtsw 1, 3) Намъ важно въ этомъ спорѣ только то, что по императорскимъ Конституціямъ семилѣтній возрастъ признается обѣими сторонами (L. 18 pr. C. 6, 30). Споръ же о положеніяхъ юристовъ едва ли дастъ когда нибудь положительные результаты, такъ какъ мнѣніе Готофреда (въ Comm. ad. L. 8 Cod. Theod. de bonis matern.), что единственное ясно высказанное опредѣленіе возраста дѣтства семилѣтнимъ срокомъ въ L. 1 § 2 D. 26, 7 (Ulp.) было исправлено Трибоніаномъ, пріобрѣтаетъ все болѣе вѣроятія.

уподоблялся безумному (Gaj. 3. § 109; § 10 I. 3, 19; L. 5 § 2 D. 9, 2; L. 1 § 13 D. 44, 7; L. 6 D. 46, 6; L. 209 D. 50, 16; L. 18 § 2 C. 6, 30). О душевныхъ качествахъ его обыкновенно выражались фразами: «nullum intelectum»; causam non intelligere; «nondum intelligere quod agatur» и т. п., а потому... infanti... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat. Такъ выражались о дѣеспособности инфанта на основаніи душевныхъ его качествъ, условливающихъ эту дѣеспособность. Выводъ же изъ этого тотъ, что акты самого инфанта обсолютно ничтожны (Gaj. 3 § 106, 109). Въ общемъ съ этимъ согласны всѣ писатели какъ прежнихъ временъ, такъ и новѣйшіе (см. напр. Heineccius Elementa § 205. Schweppe Privatrecht. 4 § 767; Müller Institut стр. 665. not. 15 и др.). Но несмотря на это согласіе, намъ необходимо указать на одно недоразумѣніе въ пониманіи двухъ фрагментовъ, которые, понятые въ извѣстномъ смыслѣ, могли бы поколебать обще принятое мнѣніе объ абсолютной ничтожности юридическихъ актовъ пупилла. Фрагменты эти будутъ L. 32 § 2 D. de poss. 41, 2 и L. 3 C. de poss. 7, 32. Оба съ перваго взгляда очевидно предоставляютъ нѣкоторую дѣеспособность инфанту.

Первый читается: Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit: nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est: nam alioquin nullus consensus (sensus) infantis est accipienti (accipiendi) possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.

Выходитъ, что инфантъ можетъ при соучастіи опекуна пріобрѣсти владѣніе. Мы знаемъ съ одной стороны римское начало: possessionem acquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno (Paulus Sent. Recept. 5, 2, 1); а съ другой стороны, отрицаніе у инфанта всякій intellectum, которымъ могло бы условливаться animus possidendi. Не мало въ литературѣ было попытокъ объяснить вполнѣ несомнительный фактъ пріобрѣтенія владѣнія инфантомъ auctore tutore.

Выходя изъ требованія animi possidendi, нѣкоторые ученые объясняли cit: фрагментъ посредствомъ особеннаго пониманія его смысла такъ, что по ихъ выходило, будто не инфантъ пріобрѣталъ владѣніе cum tutoris auctoritate, а самъ tutor пріобрѣталъ его за инфанта (Savigny Besitz 7 Auf. стр. 250 и слѣд.).

Другіе приписывали инфанту частичную animus possidendi, такъ

что auctoritas tutoris якобы дополняла недостающую часть (Gesterding Ausbeut. 2 стр. 11).

Наконецъ, третьи видѣли въ требуемой здѣсь auctoritas дополненіе не юридической, а какой то особенной естественной (natürliche) дѣеспособности (Puchta. Kleine civilist. Schrift. nar. 19).

Первое мнѣніе представляетъ такую натяжку въ пониманіи совершенно яснаго фрагмента, что оправдать его можно развѣ-жъ однимъ желаніемъ во что-бы то ни стало выпутаться изъ затрудненія (подробную критику см. у Пухты cit).

Второе одно предположеніе и притомъ такого рода, что даже никоимъ образомъ не можетъ вытекать изъ самаго чтенія фрагмента. Если даже предполагать въ противность выше сказанному у инфанта intellectum, то ужъ вполнѣ, а не какія-то частицы, не вязущіяся съ понятіемъ римской фикціи. Третье мнѣніе необходимо также должно свестись къ признанію animus, иначе оно дойдетъ до признанія права пріобрѣтать владѣніе и для безумнаго, что уже противорѣчитъ правилу L. 1 § 3 D. de poss. 41 2. Оно дѣйствительно и ограничиваетъ себя тѣмъ, что предоставляетъ право пріобрѣтенія владѣнія только уже болѣе или менѣе сознающимъ инфантомъ. Но вѣдь этого ограниченія въ текстѣ нѣтъ и не могло быть на томъ основаніи, что слово «сознаніе» въ виду отрицанія его за инфантомъ общимъ правиломъ, не можетъ имѣть смысла (см. Duarenus стр. 401). Помимо того критикуемое мнѣніе невѣрно уже потому, что выходитъ изъ какого то особаго смысла auctoritatis для даннаго случая. На это предположеніе опять таки оно не уполномачивается самимъ текстомъ фрагмента и кромѣ того этимъ предположеніемъ становится въ противорѣчіе съ общимъ опредѣленіемъ auctoritatis tutoris (L. 3 D. 26, 8).

Мы же полагаемъ, что вся суть фрагмента заключается въ словахъ: utilitatis enim causa hoc receptum est, какъ доказательство исключенія изъ какого либо положенія, то есть какого же? Положеніе приведено дальше: nam alioquin etc., т. е. ибо иначе за пупилломъ не признается никакого душевнаго качества, необходимаго для пріобрѣтенія владѣнія. Будетъ-ли это animus (sensus) possidendi, какъ думаетъ Пухта, или consensus possessionem accipiendi, какъ думаетъ Савиньи? Я полагаю, что первое, такъ какъ первая часть фрагмента ясно говоритъ, что пупиллъ начинаетъ владѣть самъ auctore tutore, а не tutor съ его согласія. Впрочемъ, фраза понимается безъ труда и въ послѣднемъ смыслѣ, чѣмъ и объясняется встрѣчае-

мое у переписчиковъ слово consensus во второй части. Но такъ какъ во первыхъ флорентинское чтеніе (Пухта) болѣе соотвѣтствуетъ подобному-же выраженію для auctoritatis tutoris при дѣятельности пупилловъ и во вторыхъ имъ поясняется противу положеніе словъ: Pupillus *tanem*, то я и принимаю его за единственно вѣрное. И такъ это — фикція, распространяющая на инфантовъ непризнанный за ними intellectus. Выходя изъ этого положенія, намъ ненужно будетъ ограничиваться дѣтьми извѣстнаго уже развитія, такъ какъ предъ закономъ всѣ они предполагаются вполнѣ неразвитыми, а потому тотъ же законъ опять, не обращая вниманія на индивидуальность, въ виду извѣстныхъ мотивовъ, можетъ признать посредствомъ фикціи и вполнѣ развитыми.

Второй фрагментъ читается: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, necquidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Всѣ интерпретаціи этого мѣста могутъ быть подведены подъ три категоріи:

1) Мнѣніе Хуго Донелла и Савиньи (Besitz. стр. 255 и слѣд.). Они полагаютъ, что фрагментъ этотъ говоритъ о возможности пріобрѣтенія владѣнія cum tutoris auctoritate.

2) Другіе, и въ томъ числѣ Пухта (cit), думаютъ, что рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи владѣнія sine tutoris auctoritate.

3) Media sententia. Владѣніе пріобрѣтается sine tutoris auctoritate, но въ предположеніи будущаго auctoritatis (interim).

Которая изъ этихъ интерпретацій дѣйствительно вѣрная, на основаніи словъ цитированнаго фрагмента едва ли когда нибудь согласятся, такъ какъ самая конструкція фрагмента вполнѣ подтверждаетъ любую интерпретацію. Поэтому мы ограничимся только несомнѣнными выводами. Никто не отрицаетъ, что въ цитированномъ фрагментѣ высказывается опять такое положеніе, которое не согласно съ общимъ воззрѣніемъ источниковъ на душевные качества инфанта, но принятое послѣ долгаго спора, въ виду такихъ мотивовъ, которые обезпечивали бы инфанту извѣстную матеріальную выгоду.

Въ результатѣ же все таки можемъ сказать, что если даже обоими цитированными фрагментами разрѣшается инфанту при соучастіи

опекуна, или даже и безъ этого участія, обогатить себя какимъ нибудь пріобрѣтеніемъ, то это будетъ противорѣчить только непризнанному за нимъ сознанію даже своей выгоды, а не полной недѣеспособности, такъ какъ признается только фактъ обогащенія инфанта, а не какой либо юридическій актъ (см. ниже, а теперь см. Coccejus jur. controv. L. 2 t. 14 Qu. 30; H. Donellus L. 5 C. 11 nr. 1, 2). Слѣдовательно, не противорѣчатъ общепризнанной полной недѣеспособности инфанта, а этимъ не противорѣчатъ и разсматриваемому историческому принципу.

Возрастъ *infantiae majorum*. Въ Сводахъ Юстиніана этотъ возрастъ часто подраздѣляется на возрастъ infantiae proximi и возрастъ pubertati proximi. Скажемъ о каждомъ въ отдѣльности.

Въ силу выше сказаннаго по древнему праву pupilli infantiae proximi были лишены дѣеспособности въ такой же мѣрѣ, какъ и инфанты. Этотъ историческій принципъ полной недѣеспособности пупилловъ всякаго возраста остался вообще непреложно вѣрнымъ и въ позднѣйшемъ правѣ. Такъ въ частности infantiae proximi уподобляются въ источникахъ весьма часто безумнымъ, т. е. лицамъ вполнѣ недѣеспособнымъ. Такъ напр. мы читаемъ въ Институціяхъ (§ 10 I. 3, 19):.... infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant; quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. Кажется, смыслъ ясенъ, но если прочесть Теофила къ этому фрагменту, то всякій выводъ, противный нашему положенію, въ общемъ не будетъ заслуживать и опроверженій: et infans quidem stipulari non potest, quia neque loqui potest, nec vero infantiae proximus—*hic enim et si verba elopui potest, attamen discernere nequit, quid tandem ea quae dicuntur singificentur* (см. также L. 1 § 13 D. 44, 7; L. 6 D. 46, 6; L. 209 D. 50, 16; L. 5 D. 50, 17).

Нѣсколько труднѣе провести историческій принципъ полной недѣеспособности пупилла для pubertati proximi [1]) тѣмъ болѣе, что неопредѣленность выраженій позднѣйшихъ источниковъ (см. напр. Teophil. ad. § 10 infin I. 3, 19) давала поводъ многимъ ученымъ, выходя изъ этихъ выраженій, проводить совершенно противное намъ положеніе (см. статью Гольдшмидта). Пока только скажемъ, что наше

---

[1]) Не надо забывать, что мы говоримъ о дѣеспособности только по гражданскому праву, такъ какъ по уголовному за pubertati proximi признавалась вполнѣ (... doli pupillos, qui prope pubertatem sint, capaces esse L. 13 § 1 D. 4, 4. L. 14 D. 29, 5; L. 4 § 26 D. 44, 4), чему приводились и особенные мотивы.

положеніе въ общемъ подтверждается главнымъ образомъ общимъ словоупотребленіемъ источниковъ. Такъ вопервыхъ часто возрасты infantiae и pubertati proximorum обозначаются однимъ общимъ словомъ, pupillus и impubes, и притомъ въ такихъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о недѣеспособности (напр. L. 9 D. 29, 2; L. 1 § 3 D. 41, 2. Особенно характеристично выраженіе: impuberes sine tutores agentes nihil posse scire intelliguntur L. 10 D. 22, 6). Слѣдовательно по дѣеспособности лица обоего возраста вполнѣ отождествлялись источниками, т. е. иначе и pubertati proximi въ общемъ считались недѣеспособными. Вообще пупиллъ часто сопоставлялся источниками съ безумнымъ по значенію его юридической дѣятельности (L. 3 § 3, 4; L, 7 § 1 D. 15, 1; L. 9 D. 29, 2; L. 1 § 3 D. 41, 2; L. 46 D. 44, 7; L. 25 D. 46, 1; L. 68; L. 95 § 7 D. 46, 3). Пупилломъ былъ и proximus pubertati, а слѣдовательно это сопоставленіе распространялось и на него. Наконецъ, въ третьихъ, если источники и различали pupillus, qui fari potest отъ безумнаго, то только по внѣшнему выраженію дѣятельности, не признавая за нимъ все таки intellectum, т. е. иначе пониманія actum rei (Paulus L. 5 D. 50, 17). И такъ въ общемъ мы можемъ считать доказанною полную недѣеспособность pubertati proximorum и въ позднѣйшемъ правѣ.

Если въ общемъ результатѣ оказывается, что при подраздѣленіи возрастовъ несовершеннолѣтія всѣ пупиллы оставались попрежнему вполнѣ недѣеспобны, то спрашивается какое же значеніе имѣло это подраздѣленіе? Оно имѣло весьма важное значеніе. Когда древній взглядъ на отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу измѣнился въ томъ смыслѣ, что собственникомъ его формально сталъ разсматриваться уже самъ пупиллъ, то пришлось установить совершенно новое начало полнаго представительства опекуна. Мы видѣли, какъ мало по малу единичными узаконеніями проводилось это начало, вполнѣ чуждое древности, но проводилось оно послѣдовательно до полнаго общаго признанія его въ позднѣйшемъ правѣ только для опеки надъ лицами извѣстнаго возраста, а именно, за которыми законъ не признавалъ способности произносить торжественныя слова (fari), сопровождавшія прежде совершеніе всѣхъ почти актовъ. Прочихъ же пупилловъ законъ заставилъ фигурировать самихъ при совершеніи актовъ, ограничивъ ихъ роль произнесеніемъ этихъ торжественныхъ формулъ, и тѣмъ законъ обошелъ затрудненіе, которое представлялъ юридическій бытъ, незнавшій представительства. Въ позднѣйшемъ правѣ допущеніе къ участію въ совершеніи акта было строго обусловлено

извѣстнымъ возрастомъ, съ которымъ только законъ и связывалъ предположеніе — fari. Итакъ подраздѣленіе возраста несовершеннолѣтія, какъ видите, имѣло весьма важное значеніе. Въ Юстиніановомъ Сводѣ постоянно повторяется, что pupilli infantiae majores ipsi gerunt negotia, но только tutore auctore (напр. L. 5 D. 50, 17).

Далѣе, разъ установлено было подраздѣленіе возраста несовершеннолѣтія, то это дало возможность связать съ однимъ изъ нихъ извѣстныя особенности. Такъ общее назначеніе опеки, охранять пупилла отъ имущественнаго ущерба, могло навести на мысль разрѣшить мало по малу пупилламъ извѣстнаго возраста совершеніе всевозможныхъ актовъ, ведущихъ исключительно къ прибыли, безъ соучастія опекуна. Такъ разрѣшено было впервые, по всей вѣроятности, пріобрѣтеніе по одностороннему акту постороннего лица, затѣмъ обязательственныя сдѣлки, въ результатѣ ведущія исключительно къ прибыли а наконецъ, дошли до признанія извѣстныхъ послѣдствій и двусторонныхъ сдѣлокъ. Необходимыми условіями этого разрѣшенія должно было быть 1) то положеніе, что результаты всѣхъ этихъ актовъ обращались даже формально къ самому пупиллу, а 2) такъ какъ эти разрѣшенія составляли положительное право, то необходимо было опредѣлить, съ котораго возраста законъ предполагаетъ въ пупиллѣ необходимое условіе совершенія всѣхъ подобныхъ актовъ — fari. По двумъ этимъ основаніямъ для древняго Римскаго Права немыслимо было участіе пупилла въ совершеніи и такихъ актовъ, которые въ окончательномъ результатѣ вели къ увеличенію того имущества, которое въ будущемъ будетъ его собственностью и формально (см. Goldschmidt § 4. *Dernburg*, Compensat. § 10 держится противнаго взгляда, но т. к. мысль его основывается на совершенно ложномъ толкованіи словъ Ульпіяна по отношенію къ словамъ Павла, то и говорить о ней мы будемъ позднѣе, при разсмотрѣніи сущности т. н. negotia claudicantia.

Однако, выходя изъ нашего разсужденія, нельзя ни послѣдующее участіе пупилла въ совершеніи актовъ, ни право совершать акты исключительно прибыльные, выдавать за признаніе въ позднѣйшемъ правѣ какой бы то ни было дѣеспособности пупилла.

О значеніи опекунскаго соучастія.

Какъ мы видѣли, въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ пупиллъ могъ совершать акты самъ, ipse gerit cum tutoris auctoritate. Послѣднее условливалось, какъ мы видѣли, тѣмъ, что формально собственникомъ

опекаемаго имущества въ позднѣйшемъ правѣ сталъ разсматриваться уже пупиллъ. Но что подобныя выраженія какъ: pupillus omne negotium... gerit (Gaj. 3 § 107; § 9 I. 3, 19; L. 9 D. 14, 3; L. 9 D. 29, 2; L. 18 § 4 C. 6, 30 и т. д.), конечно, при соучастіи опекуна гдѣ оно требовалось, опять таки не могутъ служить также выраженіемъ признанной за пупилломъ вслѣдствіе какой либо дѣеспособности, свидѣтельствуетъ во первыхъ то, что соучастіе опекуна всегда разсматривалось какъ единственный юридическій элементъ въ дѣятельности пупилла при этомъ соучастіи (*Пухта*, Civilist. Abh. стр. 47.)

Соучастіемъ опекуна опредѣлялась юридическая сила акта; безъ соучастія актъ разсматривался ничтожнымъ. Въ вторыхъ, сами Римскіе юристы значеніе привлеченія пупилла къ совершенію акта разсматривали только съ формальной стороны. Такъ, вообще отождествляя по дѣеспособности пупилля съ безумными (§ 8, 9, 10, I. 3. 19.), т. е. такими индивидами, за которыми не предполагалось закономъ никакой воли (L. 40 D. 50, 17; L. 2 C. 4, 38.), находили различіе между ними только въ томъ, что furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest (L. 5 D. 50, 17). На это различіе намекаетъ Ульпіанъ, говоря: hominis ejus (sc. furiosi) et habitus a pupilli conditione *non multum abhorret*. (L. 7 § 11 D. 42, 4). Кажется, не можетъ остаться сомнѣнія, что о какой либо дѣеспособности пупилла изъ его формальной дѣятельности при совершеніе акта заключенія сдѣлать нельзя. Не этому положенію очевидно противорѣчитъ одно обстоятельство, а именно, иногда признавались извѣстныя послѣдствія актовъ, совершенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна. Такъ, вопервыхъ, дозволялись пупиллу обязательственныя сдѣлки, приносящія ему исключительно выгоду, а вовторыхъ, по нѣкоторымъ выраженіямъ источниковъ можно было-бы заключить, что сдѣлки и обязывающія пупилла получали нѣкоторое признаніе, а именно считались за такъ называемыя naturales obligationes. Въ обоихъ случаяхъ Римскіе юристы становились, очевидно, въ явное противорѣчіе съ историческимъ принципомъ, поэтому считаемъ необходимымъ остановиться на этихъ двухъ недоразумѣніяхъ.

О силѣ актовъ, приносящихъ пупиллу исключительно одну выгоду.

Выходя изъ древняго принципа отношенія опекуна къ опекаемому имуществу, мы должны для древности считать совершеніе подобныхъ актовъ однимъ пупилломъ въ общемъ невозможнымъ. Какъ мы уви-

димъ, нѣкоторые изъ нихъ получали признаніе подъ условіемъ исполненія со стороны пупилла принятыхъ на себя обязанностей, нѣкоторые въ силу общаго принципа, nemo cum alterius detrimento locupletior fit, вели къ прямой отвѣтственности пупилла. Всё это, разумѣется, какъ несогласное съ сказаннымъ выше, не могло быть признано для древности. Дѣйствительно, постепенное признаніе силы подобныхъ актовъ оставило въ источникахъ довольно ясные слѣды. Прослѣдимъ ихъ на примѣрѣ ссуды.

Такъ прежде всего Ульпіанъ (L. 1 § 2 D. commodati vel contra 13, 6.) отрицаетъ противъ несовершеннолѣтнихъ вообще actio commodati на томъ основаніи, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate; а въ L. 3 D. pr. cod. тотъ же Ульпіанъ допускаетъ даже actio commodati utilis на основаніи рескрипта Пія, но только въ случаѣ si pupillus locupletior factus sit. Это новое начало получало постепенно все большее признаніе. Такъ Павелъ (L. 13 § 1 D. 12, 6) и Меціанъ (L. 64 pr. D. 36. 1) говорятъ только о non repetitio занятыхъ во время несовершеннолѣтія денегъ; далѣе Ульпіанъ (L. 5 pr. D. (26, 8) уже признаетъ и самый искъ, хотя все еще часто ссылается на Рескриптъ, а Гай (L. 10 D. (14, 3) прямо высказывается о немъ, какъ о чемъ то уже совершенно извѣстномъ. Такъ признана отвѣтственность пупилла изъ сдѣлокъ, приносящихъ ему выгоды, а тѣмъ, конечно, и сила подобныхъ сдѣлокъ.

Обыкновенное заключеніе изъ приведенныхъ фактовъ: въ древности фактъ обогащенія пупилла ни въ какомъ случаѣ не влекъ за собою его отвѣтственности, впервые опредѣленной рескриптомъ Пія[1]), такъ что напр. въ случаѣ двусторонней обязательственной сдѣлки пупиллъ имѣлъ право требовать отъ контрагента исполненія обязательства, будучи безопасенъ съ своей стороны отъ подобнаго требованія. Только благодаря постепенному сознанію нарушенія законовъ справедливости была постановлена и отвѣтственность пупилла въ размѣрѣ выгодъ, полученныхъ отъ извѣстной сдѣлки (см. Erxleben die Condiction. sine causa ч. 1 стр. 5). Подобный выводъ я считаю окончательно невѣр-

[1]) Рескриптъ Пія имѣемъ право считать за частное опредѣленіе отвѣтственности пупилла in quantum locupletior fit, такъ какъ отвѣтственность всѣхъ прочихъ лицъ осуществлялась и раньше, чрезъ посредство всевозможныхъ condictiones, exceptiones doli (L. 4 § 4 D. 44, 4; L. 15 D. 46, 3), значеніе которыхъ вело къ осуществленію содержанія того же, а именно—устранять безпричинное обогащеніе насчетъ другаго (см. Savigny стр. 64).

нымъ. Не потому освобождался лично самъ пупиллъ отъ отвѣтственности по подобнымъ сдѣлкамъ, что не сознавалось общечеловѣческое начало справедливости въ примѣненіи къ данному случаю, такъ какъ Римляне никогда въ ней не ошибались (Помпоній говоритъ: hoc natura aequm est, neminem etc. L. 14 D. 12, 6; L. 206 D. 50, 17; см. Вутте предислов. стр. 5), а потому, что формально онъ не разсматривался собственникомъ опекаемаго имущества, которое составляло все, что могло придти къ нему по любому титулу. Но за то въ разсматриваемыхъ случаяхъ отвѣчалъ опекунъ, какъ субъектъ обогащенія. Въ этомъ Римляне никогда не ошибались (см. напр. L. 6 pr. D. 3, 5). Появленіе же рескрипта Пія послѣ быть можетъ и раньшаго постепеннаго признанія начала, высказаннаго имъ (см. Iacobi Iahrbücher für. d. Dogmatik d. h. röm. u. d. Privatr. § 2, 4), объясняется тѣмъ, что постепенно формально собственникомъ сталъ разсматриваться самъ пупиллъ, котораго отвѣтственность въ данныхъ случаяхъ и должна была быть опредѣлена, такъ какъ старое положеніе вещей могло вести къ тому недоразумѣнію, что изъ обогащенія пупилла могъ отвѣчать опекунъ, что было бы уже natura iniquum. [1]) И такъ мы видимъ, что въ разсматриваемыхъ случаяхъ отвѣтственность опредѣлялась не дѣеспособностью какою бы то ни было, а просто нахожденіемъ имущества, обогатившаго, во владѣніи даннаго лица. Слѣдовательно, о дѣеспособности по сдѣлкамъ, приносящимъ одну прибыль, заключать нельзя, и вопросъ о ней долженъ остаться въ томъ же видѣ. Дѣйствительно, и въ общемъ остается вѣрнымъ положеніе, что право пупилла заключать sine tutoris auctoritate [2]) не можетъ

---

[1]) Примѣръ аналогичный разсмотрѣннымъ находимъ у Папиньяна. Въ своей книгѣ отвѣтовъ онъ разрѣшаетъ, какъ юридическое недоразумѣніе, вопросъ: отвѣчаетъ ли опекунъ по actio judicati въ случаѣ смерти пупилла. По взгляду позднѣйшаго законодательства на опеку такой вопросъ не могъ быть и предложенъ, если же на него мы находимъ отвѣтъ, значитъ прежде опекунъ отвѣчалъ по actio judicati. Слѣдуя же разсмотрѣнному взгляду, необходимо было бы для древности отрицать эту отвѣтственность; но это уже противорѣчило бы совершенно ясному свидѣтельству Гайя 4 § 87, 86.

[2]) Такъ пупиллъ могъ стипулировать: Gaj. 3 § 107; L. 1 § 13 D. 44, 7; L. 142 § 2 D. 45, 1; L. 6 D. 46, 6; освобождаться отъ обязательствъ: L. 26 pr. L. 42 pr. D. 12, 2; L. 28 pr. D. 2, 14; L. 2 D. 46, 4; L. 1 C. 5, 59; пріобрѣтать права собственности или владѣнія извѣстнымъ имуществомъ: L. 9 pr. D. 26, 8; L. 11 D. 41, 1; L. 1 § 3 D. 41, 3 и т. д. Общее начало см. pr. I. 1, 21, Théoph. ibidem. Тутъ замѣтимъ, что изъ одного примѣра стипуляціи ясно, что Бринцъ (Pandecten стр. 1317) ошибался, утверждая, будто и исключительно пріобрѣтательный актъ, коль

служить доказательствомъ дѣеспособности и по Юстиніанову Своду. То что нами сказано выше по поводу L. 32 § 2 D. 41, 2 имѣетъ смыслъ и здѣсь. Какъ тамъ, такъ и здѣсь рѣчь идетъ о выгодѣ пупилла и съ этой стороны юридическій актъ признается дѣйствительнымъ. Отступленіе же отъ требуемой закономъ сознательной дѣятельности, обусловливаемой извѣстнымъ возрастомъ, для силы акта мы не находимъ. Актъ остается недѣйствительнымъ, какъ тому и слѣдовало быть по закону, но только для пупилла поступаетъ извѣстная фактическая прибыль изъ этого акта, а въ силу этого и отвѣтственность въ размѣрѣ этой выгоды. Но эта обязанность, вытекающая чисто изъ факта прибыли (см. Schwannert Naturalobligation. стр. 366) въ силу извѣстнаго принципа, nemo cum alterius etc., должна быть разсматриваема какъ отвѣтственность изъ obligatio quae ex re venit (Gaj. 3 § 91; § 1 I. 3, 14; L. 6 pr. D. 3, 5; L. 46 D. 44, 7; L. 2 C. 2, 19), на что указываетъ явно и 1) самый размѣръ отвѣтственности (eatenus tamen dabitur in eum (sc. pupillum) actio (sc. institoria), *quatenus ex ea re locupletior est* L. 10 D. 14, 3.... In quantum l. f. e. L. 5 § 1 D. 26, 8), и 2) способъ выраженій источниковъ (In quantum locupletior factus est, datur actio L. 3 § 4 D. 3, 5; L. 1 § 15 D. 16, 3; L. 66 D. 46 3; id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit L, 21 § 1 D. 3, 5; Gaj. 3, 91; см. I. L. 37 D. 3, 5; L. 47 pr. D. 46. 3), и въ 3) то обстоятельство, что если несовершеннолѣтній не сдѣлается locupletior изъ обязательственной сдѣлки, напр. купитъ вещь и потеряетъ ее, не заплативъ денегъ, то отвѣчаетъ только въ исключиныхъ случаяхъ (L. 47 § 1 D. 46, 3: Plane... *etiamsi* perierit res ante litem contestatam, *interdum* quasi locupletior factus intelligitur, id est, si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat emturus: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est. См. I. § 2 I. 2, 8). Сила же obligationum, quae ex re veniunt не условливается дѣеспособностію контрагентовъ, такъ что отвѣтчикомъ по нимъ можетъ быть даже безумный (operis novi nuntatio *in rem fit* non in personam *et ideo furioso et infanti fieri* potest, nec tutoris auctoritas, in ea nuntiatione exigitur L. 10, 11 D. 39, 1; L. 2 D. 13, 6; L. 24, 46 D. 44, 7). И такъ сила исключительно прибыльныхъ пупиллу обязательствъ не даетъ права заключать о расширеніи его дѣеспособности.

скоро совершеніе его облекалось въ торжественную форму, требовало необходимо соучастія опекуна. L. 19 D. 26, 8 не противорѣчитъ общимъ положеніямъ свода.

Это положеніе остается вѣрнымъ и для двусторонней сдѣлки пупилла. Никто не сомнѣвается, что подобная сдѣлка обязываетъ въ исполненіи одного совершеннолѣтняго контрагента, но не пупилла. Право требованія только на одной сторонѣ. Гдѣ же эта сила юридическаго акта? Какъ назвать такой актъ, который при совершеніи его имѣетъ одно содержаніе, а по исполненію другое? Мы полагаемъ, что актъ недѣйствителенъ, а только изъ факта его заключенія возникаютъ извѣстныя послѣдствія выгодныя для пупилла. Всего яснѣе выразилъ эту мысль Ульніанъ (L. 5 pr. D. 26, 8), говоря, что даже въ тѣхъ случаяхъ, когда пупиллъ locupletior factus est онъ обязуется только naturaliter; конечно, не въ смыслѣ дѣйствительности naturalis obligationis, такъ какъ отвѣтственность въ размѣрѣ in quantum locupl. fact. est опредѣляется вполнѣ civiliter (actionam . . . dandam L. 1 § 15 D. 16, 3; L. 95 § 2 D. 46, 3), а въ томъ смыслѣ, что обязательства вовсе нѣтъ никакого (non erit obligatus (pupillus), а только допущены въ виду извѣстныхъ мотивовъ фактическія послѣдствія дѣйствій, направленныхъ къ совершенію юридическихъ актовъ. Если мы сравнимъ цитированный фрагментъ съ особенно рѣзкими выраженіями источниковъ о дѣеспособности пупилла, то о юридическомъ элементѣ какихъ-бы то нибыло обязательствъ, заключенныхъ имъ sine tutoris auctoritate, послѣ этого говорить будетъ уже странно. Такъ напр. pupillus nec velle, nec nolle in ea aetate, nisi apposita tutoris auctoritate, creditur; nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est (L. 189 D. 50, 17). Или: impuberes sine tutore agentes nihil posse vel scire intelliguntur (L. 10 D. 22, 6).

Римляне выражались о подобныхъ сдѣлкахъ, что они ab uno latere consistere (pr. I. 1, 21); а современъ глоссы (см. Brandis въ Zeitschrift für Civilrecht Process. 7 Стр. 134) ихъ называютъ negotia claudicantia. Такъ, положимъ, пупиллъ по заключеніи двусторонняго обязательства не обратится по какому либо обстоятельству съ требованіемъ къ контрагенту, такъ напр. въ случаѣ продажи какой либо вещи за баснословную цѣну. Контрагентъ самъ не получаетъ права требовать выполненія обязательства со стороны пупилла, такъ какъ будетъ nihil actum. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascantur, in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his comtrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur (pr. I 1, 21 тѣже L. 13 § 29

D. 19, 1; L. 5 § 1 D. 26, 8 и др.). Слѣдовательно двусторонніе обязательственныя сдѣлки могутъ обязывать въ исполненіи только взрослаго контрагента, а отсюда слѣдуетъ, что если несовершеннолѣтній требуетъ исполненія этого обязательства, то исполненіе съ своей стороны тѣхъ требованій, подъ условіемъ которыхъ [1]) можетъ принудить контрагента къ выполненію обязательства (L. 3 § 4 D. 3, 5; L. 7 § 1 D. 18, 5; L. 34 § 3 D. 19. 1 см. Savigny System 3 Стр. 40), не даетъ силы самому обязательству (L. 6 § 1 D. 18, 1; L. 7 § 1 D. 18, 5; L. 13 § 29 D. 19,1 и т. д. см. Windscheid Pandecten § 321; Arndts Pandect. § 234 not. 3, 4) (онъ продолжаетъ ab uno latere consistere), а можетъ быть разсматриваема, какъ вознагражденіе, плата въ силу того же принципа: nemo cum alt. [2]) etc. Вотъ настоящій смыслъ exceptionis nondum adimpleti contractus [3])

---

[1]) См. Ihering, считаетъ Geist d. h. rom. Rechts 3 стр. 192 Dernburg, Compensat. Стр. 74, 75. Но это условіе Дернбургъ (§ 10) считаетъ только со времени юриста Павла (L. 7 § 1 D. 18,5); еще даже въ положеніяхъ его современника, Ульпіяна (L. 13 § 29 D. 19, 1), Дернбургъ видитъ древнее начало, по которому совершеннолѣтній контрагентъ принуждался къ выполненію своего обязательства, не имѣя даже права требовать вознагражденія въ видѣ исполненія условія со стороны пупилла. Подобное заключеніе Дернбурга не имѣетъ никакого основанія, такъ какъ изъ cit. словъ Ульпіяна вывести его нельзя. Ульпіянъ говоритъ только о необязательномъ для пупилла характерѣ двусторонних сдѣлокъ, заключенныхъ имъ съ совершеннолѣтнимъ контрагентомъ безъ соучастія опекуна, и больше ничего; но это же положеніе остается вѣрнымъ и въ самомъ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ.

[2]) Совершенно ясно выразилось въ источникахъ такое пониманіе negotii claudicantis въ слѣдующихъ словахъ: pupillus... non obligetur, nisi in quantum locupletior factus est L. 5 § 1 D. 26, 8.

[3]) Подъ этимъ выраженіемъ мы понимаемъ возраженіе контрагента на искъ пупилла по всякому двухстороннему договору. Содержаніе этого возраженія состоитъ въ указаніи на неисполненіе пупилломъ тѣхъ дѣйствій, которыя составятъ вознагражденіе за обязательство контрагента. Правда съ этимъ взглядомъ (Glück 17 стр. 229—231) расходятся новѣйшіе писатели, спеціально занимавшіеся вопросомъ о системѣ римскихъ возраженій. Такъ напр. указывали на то, что exceptio nond. adimpl. contract. въ Юстиніановомъ Сводѣ упоминается только для договора купли-продажи (Heerwart въ Archiv für civ. Praxis 18 стр. 387 и слѣд.), что на другаго рода обязательства оно даже и не можетъ быть распространено, такъ какъ только договоръ купли-продажи предполагаетъ предварительную уплату со стороны покупателя; всѣ прочіе договоры въ общемъ обязываютъ къ одновременному исполненію обоихъ контрагентовъ (см. Shenk Archiv. f. civ. Praxis 17 стр. 93—122). Вотъ главнѣйшія возраженія, которыя можно было бы сдѣлать противъ сказаннаго нами въ текстѣ. Дѣйствительно, источники, какъ мы видѣли изъ cit. pr. I. 1, 21, не ограничиваютъ т. н. negotia claudicantia однимъ договоромъ купли-продажи, а слѣдовательно въ остальныхъ случаяхъ, лишая совершеннолѣтняго контрагента средства выговаривать исполненіе взятаго на себя обязательства

въ данномъ случаѣ [1]). Итакъ все значеніе актовъ, исключительно прибыльныхъ пупиллу, опредѣляется отвѣтственностью послѣдняго въ размѣрѣ этой прибыли, а такъ какъ по самому характеру этой отвѣтственности нельзя заключать о какой бы то ни было

подъ условіемъ исполненія пупилломъ тѣхъ дѣйствій, которыя составятъ вознагражденіе за это исполненіе, предоставляютъ тѣмъ одностороннее право пупиллу требовать исполненія отъ контрагента, съ своей стороны и не думая отвѣчать ему тѣмъ-же; только въ случаѣ какой либо прибыли отъ исполненія контрагента своихъ обязательствъ, отвѣчаетъ пупиллъ по иску въ размѣрѣ этого обогащенія. Вотъ именно этотъ выводъ и заставляетъ насъ съ новѣйшими писателями (*Vangerow* Padect. § 279; Brandis стр. 179 и др.), несмотря на быть можетъ вполнѣ справедливое ограниченіе примѣненія exceptionis nondum adimplet. contract., распространять его съ прежнею теоріею на всѣ т. н. contractus billaterales, такъ какъ въ данномъ случаѣ, во-первыхъ, было бы вообще несправедливо принуждать совершеннолѣтняго контрагента къ исполненію обязательства подъ страхомъ, что онъ одинъ понесетъ убытки, сопряженные съ этимъ исполненіемъ, въ случаѣ если пупиллъ впослѣдствіи не получитъ отъ этого существенной прибыли (non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit (L. 175 § 1 D. 50, 17; L. 7 § 1 D. 18, 5; см. Дернбургъ, стр. 75); а во вторыхъ самая сдѣлка пупилла носитъ совершенно иной характеръ, чѣмъ двухстороннія обязательства совершеннолѣтнихъ лицъ. Она представляетъ собою одностороннее обязательство контрагента подъ условіемъ исполненія пупилломъ извѣстныхъ дѣйствій (см. Ihering Geist 3 стр. 192). Не наступаетъ этого условія, нельзя принуждать и контрагента къ исполненію его обязательства, а ограждается онъ отъ этого принужденія единственно такимъ возраженіемъ, котораго содержаніе выражало бы это условное обязательство, а такое возраженіе и есть exceptio nondum adimpleti contractus (см. Mommsen Beiträge z. Obligat. 3 стр. 421, а также Дернбургъ §§ 9, 10. У Виндшейда § 321, прим. 2 сведены различныя воззрѣнія на сущность except. n. adimpl. cont.).

[1]) Въ литературѣ вопросъ о negotia claudicantia споренъ до послѣднихъ временъ (см. Виндшейдъ § 321, прим. 23), несмотря на всю ясность выраженій источниковъ. Основаніе этой спорности лежитъ гораздо дальше подобныхъ сдѣлокъ, а именно въ вопросѣ о характерѣ двухсторонныхъ обязательствъ. Особенно со временъ Савиньи Obligat 2 стр. 12 и слѣд. не умолкаетъ споръ о томъ, должно-ли считать двусторонныя обязательства за нѣчто одно цѣлое или состоящее изъ двухъ совершенно различныхъ обязательствъ каждаго изъ контрагентовъ (см. еще Моммзенъ 3 стр. 415 и слѣд. Дернбургъ § 7, 8). Разрѣшеніе спорнаго вопроса въ первомъ (см. Savigny System, 4 стр. 541; Puchta Pand. § 232; Liebe Stipulat. стр. 248 и слѣд.) или во второмъ смыслѣ (см. Ihering Geist 3 стр. 192, 194 и много друг.) необходимо должно вліять и на воззрѣнія о природѣ negotii claudicantis. Мы же только скажемъ, что источники наши такъ полно выясняютъ настоящій смыслъ этихъ negotia, что, говоря о природѣ ихъ въ смыслѣ выраженій римскихъ источниковъ, можемъ игнорировать рѣшеніе всевозможныхъ вопросовъ и если даже окажется явное противорѣчіе съ, признанными за непреложные, выводами по разсмотрѣнію этихъ вопросовъ, то безъ обиняковъ имѣемъ право вмѣнить это противорѣчіе самимъ же римскимъ источникамъ.

силы самого обязательства, то нѣтъ основанія не отождествлять (см. напротивъ Вангеровъ § 279) въ наченіи подобныхъ случаевъ съ случаями отвѣтственности ex re (L. 29 pr. D. 10, 3; L. 2 D. 13, 6, L. 33 D. 17, 2; L. 46 D. 44, 7), а именно съ такими случаями, но коимъ заключить о правѣ пупилла безъ соучастія опекуна совершать обязательственныя сдѣлки съ юридической силой въ результатѣ никоимъ образомъ нельзя, такъ какъ отвѣтственность въ подобныхъ случаяхъ несъ и безумный (L. 2 D. 13, 6; L. 46 D. 44, 7), говорить о дѣеспособности котораго, разумѣется, никому не можетъ придти и въ голову (L. 40 D. 50, 17). Все это даетъ намъ право считать покончеиным дѣло съ первымъ недоразумѣніемъ. Историческій принципъ полной недѣеспособности пупилла остается нетронутымъ.

Обращаемся къ вопросу о силѣ обязательствъ, принятыхъ на себя пупилломъ безъ вѣдома опекуна. Правомъ принимать на себя обязательства всего очевиднѣе опредѣляется дѣеспособность даннаго лица; поэтому недоразумѣнія, возбужденныя чтеніемъ нѣкоторыхъ мѣстъ источниковъ, при извѣстномъ направленіи въ общемъ могутъ опрокинуть историческій принципъ. Слѣдовательно необходимо какъ можно подробнѣе остановиться на данномъ вопросѣ. Выходя изъ основнаго начала отношенія опекуна къ опекаемому имуществу въ древности, сомнѣніе о силѣ обязательствъ, принятыхъ на себя пупилломъ безъ вѣдома опекуна, было немыслимо. Сила всякаго обязательства опредѣляется правомъ на удовлетвореніе, будетъ-ли то удовлетвореніе прямое (obligatio civilis) или косвенное (obl. natur). Удовлетвореніе-же по обязательствамъ въ предположеніи всегда имущественнаго характера (ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt), а такъ какъ въ древности все имущество пупилла, какъ наличное такъ и долговое, формально разсматривалось какъ собственность самого опекуна, то не могло быть и рѣчи о какомъ либо взысканіи съ пупилла или иначе объ его отвѣтственности. Нѣтъ же отвѣтственности, нѣтъ и обязательства. Въ позднѣйшемъ правѣ формально собственникомъ даннаго имущества разсматривался уже самъ пупиллъ. Оба положенія древнее и позднѣйшее по отношенію къ общему назначенію опеки охранять имущественный интересъ данныхъ лицъ, должны быть разсматриваемы какъ положенія, предоставляющія имъ тѣ или другія средства осуществленія общаго назначенія, не измѣняя содержанія этого назначенія. Назначеніе-же опеки опредѣляется обязанностью опекуна охранять имущественный интересъ пупилла отъ убытковъ, безразлично какими путями осу-

фрагменговъ стремятся примирить между ними противорѣчіе въ смыслѣ, конечно, общаго того или другаго вывода; другіе писатели допускаютъ противорѣчія между римскими юристами, причемъ мнѣніе однихъ изъ нихъ выдаютъ за общее начало римскаго права, положеніе же другихъ—за неконсеквентность.

Въ общемъ выводѣ нельзя не согласиться съ тѣми писателями (всѣ почти древніе писатели, а изъ новѣйшихъ въ особенности Esmarsch Pandectenlehrb. § 518 и Schwannert die Naturalobligat. § 18), которые въ принципѣ признаютъ полную ничтожность обязательственныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна. Дѣйствительно, всѣ объясненія писателей противнаго взгляда, въ виду полной ясности выраженій источниковъ, могутъ быть признаны только неудачными натяжками. Если мало цитированныхъ выше фрагментовъ Ульпіяна, Павла, Гайя, только коментаріемъ къ которымъ могутъ служить слова Нерація и Руфина, то вѣдь это—не исключительныя выраженія источниковъ о ничтожности обязательственныхъ сдѣлокъ, совершенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна. Такъ читая источники, мы сплошь да рядомъ попадаемъ на выраженія въ родѣ: nulla petitio est (L. 127 D. 45, 1); non tenetur pupillus (L. 7 § 1 D. 85; L. 1 § 2 D. 13, 6; L. 33 D. 17, 2; L. 1 pr. D. 26, 8); non est obligatus pupillus (Gaj. 3 § 107, 119; pr. I. 1, 21; L. 1 § 2 D. 13, 5; L. 8, § 15 D. 16 1; L. 8 pr. D. 29, 2; L. 1 C. 8, 39 и др.); minime auctoritate judicati nitetur, quod statutum est (L. 1 C. 3, 6); или еще сильнѣе: nihil debet pupillus (L. 25 § 1 D. 36, 2); nihil actum est (L. 7 § 1 D. 18, 5); все обязательство — nulla obligatio (Gaj. 3 § 176; § 3. I. 3, 29) и т. п. Кажется, имѣемъ право признать ничтожность обязательства пупилла, а слова Нерація, quia nec natura debet—общимъ ея выраженіемъ. Нѣкоторые писатели думали видѣть въ нашихъ цитатахъ отрицаніе не силы самого обязательства, а только иска по нимъ. Не говоря уже о томъ, что само чтеніе цитированныхъ фрагменне даетъ права къ подобному ограниченію ихъ смысла, не даетъ на него права и содержаніе множества примѣровъ въ Сводѣ Юстиніана. Напр. читаемъ:—quoniam non consistit commodatum in persona pupilli sine tutoris auctorirate (L. 1 § 2 D. 13, 6); или еще въ § 2 I. 2, 8 объ обязательствѣ займа, совершеннаго пупилломъ безъ соучастія опекуна, Юстиніанъ выражается: non contrahit obligationem и т. п. (см. ниже).

До сихъ поръ мы приводили такія положительныя данныя, которыя прямо подтверждали слова Нерація и Руфина, подтверждая ихъ въ

томъ смыслѣ, какъ они понимаются писателями первой категоріи. Остается обратиться къ отрицательнымъ доказательствамъ того-же, т. е. доказать, что обязательства пупилла не будутъ влечь за собой послѣдствій obligationum naturalium. Послѣдствія же бываютъ: полная сила уплаты (solutionis), обновлѐнія (novationis), поручительства (fidejussionis), самовольнаго удержанія до удовлетвореній (retentionis) и зачета (compensationis).

По отношенію къ уплатѣ въ примѣненіи къ разсматриваемому вопросу мы имѣли совершенно ясное выраженіе источниковъ, которое можетъ быть приведено въ pendant къ словамъ Нерація. Приводимъ это выраженіе: Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit (L. 29 D. 12, 6 см. также L. 7 § 2 D. 14, 3; L. 27 D. 18, 1; L. 14 § 8 D. 46, 3).

Novatio obligationis пупилла не отрицается источниками (L. 1 § 1 D. 46, 2), но смыслъ его весьма ясно выраженъ Гайемъ (3 § 176): nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis est, tamen prima novationis jure tollatur, velut si quod mihi debes, a Titio post mortem ejus *vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero*; quo casu rem amitto, nam et prior debitor liberabitur et posterior obligatio nulla est (срав., L. 20 D. 46, 2: pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare), т. е. слѣдовательно novatio обязательства, совершеннаго пупилломъ безъ соучастія опекуна, не можетъ служить доказательствомъ какой бы то ни было силы этого обязательства. Оно по прежнему остается ничтожнымъ.

О поручительствѣ при подобныхъ обязательствахъ источники выражаютъ: Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit (L. 25 D. 46, 1 см. также Gaj. 3 § 118), т. е. поручительство при обязательствахъ пупилла отождествляется съ поручительствомъ за безумнаго, а такъ какъ никто, разумѣется, не дастъ какой либо силы обязательствамъ послѣдняго въ силу факта поручительства, то это же заключеніе можетъ быть сдѣлано и по отношенію къ обязательствамъ пупилла.

Наконецъ, retentiones и compensationes дозволяется источниками въ тѣхъ только случаяхъ, когда изъ обязательства, совершеннаго

безъ соучастія опекуна, пупиллъ получилъ какую либо прибыль, и притомъ только въ размѣрѣ этой прибыли (in id quod locupletior factus est) L. 3 § 4 D. 3, 5;L. 7 § 1 D. 18, 5).

Итакъ solutio по обязательствамъ пупилла недѣйствительно, а novatio, fidejussio, retentiones и compensationes не даютъ никакой законной силы обязательствомъ, т. е. единственнаго смысла obligationum naturalium, выражаемаго въ косвенномъ удовлетвореніи ихъ, обязательства, заключенныя пупилломъ безъ соучастія опекуна, не имѣютъ, а слѣдовательно не могутъ даже назваться obligationes naturales.

Все до сихъ поръ сказанное говоритъ только въ пользу того принципа, котораго держимся и мы, но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобъ принципъ этотъ было строго проведенъ въ Юстиніановомъ Сводѣ; иначе было бы даже страннымъ, что мнѣніе писателей второй категоріи можетъ считаться даже господствующимъ въ литературѣ римскаго права. Мы споримъ только противъ того, что отступленіямъ отъ начала, признаннаго нами, придается слишкомъ большое значеніе, распространяются интерпретаціею на такія цитаты, которыя въ сущности и не заключаютъ въ себѣ этого отступленія; а потому подъ предлогомъ мнимаго большинства, чисто количественнаго,-выраженій противнаго нашему положенію, признаютъ для Свода Юстиніанова господствующимъ то положеніе, что изъ обязательствъ, заключенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна, пупиллъ этотъ отвѣчаетъ, хотя только naturaliter.

Опираются писатели второй категоріи, какъ мы уже сказали, главнымъ образомъ на количественное большинство выраженій источниковъ по данному вопросу. Если внимательно просмотрѣть цитированныя выше ссылки, то это большинство окажется просто мнимымъ. Ссылаясьна многіе изъ этихъ фрагментовъ, многіе писатели необходимо должны были придти къ заключенію объ отвѣтственности пупилла по обязательствамъ, приносящимъ ему исключительно одну прибыль какъ по obligationes naturales. Первымъ признаніемъ этого начала считаютъ рескриптъ Антонина Пія, по которому пупиллъ отвѣчалъ по обязательствамъ, заключеннымъ безъ соучастія опекуна, въ размѣрѣ той прибыли, которую принесло ему это обязательство (in quantum locupletior fit (L. 3 § 4; L. 6; L. 34; L. 3 7 D. 3,5; L. 3 pr. D. 13,6; L. 10 D. 14,3; L. 8 § 15 D. 16,1; L. 1 § 15 D. 16,3; L. 1 pr. L. 5 pr. D. 26,8; L. 66 D. 46,3). Но этому положенію съ перваго взгляда противорѣчитъ уже то обстоятельство, что отвѣчалъ пу-

пиллъ по подобнымъ обязательствамъ civiliter (datur actio in eum (sc. pupillum L. § 15 D. 16,3), а не naturaliter, какъ думаютъ напр. Cujacius ad L. 127 D. de Verb. Oblig. 45,1, Puchta Pand. § 237 и друг. Поводъ къ подобному мнѣнію могла подать нѣкоторая неясность выраженій источниковъ (см. напр. L. 5 pr. D. 26, 8; L. 64 pr. D. 36,1; L. 25 § 1 D. 36,2, L. 27 pr. D. 35,2 (см. выше), такъ какъ смягченіе это въ позднѣйшемъ правѣ было вызвано въ pendant къ естественному закону: nemo cum alterius detrimento locupletior fit (L. 14 D. 12,6; L. 206 D. 50,17). Слѣдовательно смыслъ рескрипта не въ томъ, что само обязательство дѣйствительно, если изъ него пупиллъ получаетъ какую либо прибыль, а связываетъ его сама эта прибыль, какъ obligatio quae ex re venit (Schwannert стр. 366). А что дѣйствительно рескриптомъ Пія подтверждается сила только подобнаго обязательства, безъ отношенія къ силѣ обязательства по содержанію, которое имѣлось въ виду при заключеніи его, доказывается часто встрѣчающимся въ источникахъ опредѣленіемъ смысла словъ, in quantum locupletior factus est (см. напр. L. 37 D. 3, 5; L. 1 § 1 D. 16,3; L. 25 § 1 D. 36,2 L. 47 pr. D. 46, 3). Иначе понять этотъ рескриптъ было бы довольно нелогично, такъ какъ послѣ приведенныхъ выше общихъ выраженій о дѣеспособности пупилла невозможно предоставить силу самому юридическому акту, auctor котораго лицо, отождествляемое часто даже съ безумнымъ.

Въ частности выше мы дали такое же разъясненіе такъ называемымъ negotiis claudicantis, но въ частности-же нѣкоторые новѣйшіе писатели (Brandis стр. 154 и слѣд.; Vangerow § 279; Sintenis (§ 17 not. 25 и др.) разъясняютъ его въ смыслѣ натуральнаго обязательства пупилла и полнаго гражданскаго—совершеннолѣтняго контрагента. Подобное разъясненіе не только не подтверждается никакими положительными данными, но заключаетъ въ себѣ еще и логическое противорѣчіе съ тѣмъ мотивомъ, по которому отбрасывается нами принятое объясненіе. Такъ всѣ ссылки, якобы подтверждающія подобное воззрѣніе, ни однимъ словомъ не даютъ права сдѣлать заключеніе о натуральномъ обязательствѣ пупилла; а напротивъ всѣ онѣ категорично отрицаютъ всякое обязательство послѣдняго: qui cum his (sc. pupillis) contrahunt, obligantur; *at invicem pupilli non obligantur* (pr. I. 1, 21); pupillum sibi non obligat (L. 13 § 29 D. 19, 1); pupillus... non obligatur (L. 5 § 1 D. 26, 8). Но кромѣ того въ этихъ же ссылкахъ говорится, то подобныя обязательственныя сдѣлки только ob uno latere consistere см. L. 13 § 29 D. 19, 1. Наконецъ, если считаютъ

за явное противорѣчіе съ общимъ началомъ римскаго права (nam iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum L. 3 § 2 D. 17, 1) предоставлять право иска только одной сторонѣ, [1]), то на это, даже не прибѣгая къ уясненію мнимаго противорѣчія, можемъ сказать, что вѣдь тоже противорѣчіе остается и въ томъ случаѣ, когда пупиллъ обязывается naturaliter. Какъ извѣстно, naturalis obligatio иска не даетъ. Наконецъ, какъ совершенно справедливо замѣтилъ Моммзенъ (Beiträge zum Obligationenrecht m. 3 стр. 419 прим.), въ данномъ случаѣ вопросъ идетъ о признаніи акта фактически уже заключеннаго, право на каковое признаніе и можетъ быть закономъ предоставлено одному изъ аукторовъ. Итакъ мы можемъ остаться при прежнемъ своемъ объясненіи, по которому о какой либо юридической силѣ обязательства, заключеннаго пупилломъ безъ соучастія опекуна, не можетъ быть и рѣчи, и отвѣтственность его по подобнымъ сдѣлкамъ возможна только въ случаяхъ обогащенія по нимъ и притомъ въ размѣрѣ этого обогащенія. Подобная же отвѣтственность, какъ мы видѣли выше, не нарушаетъ принципа полной недѣеспособности пупилла. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ съ настоящей точки зрѣнія обязательства пупилла должны считаться ничтожными во всѣхъ своихъ послѣдствіяхъ. Non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex.... contractu (L. 8 § 15 D. 16, 1), такъ какъ всякое обязательство, которое не ex re venit, a animi judicio fit, обусловливается въ своей силѣ соучастіемъ опекуна при заключеніи его.

Если, слѣдовательно, въ общемъ нельзя предоставить силы даже obligationum naturalium обязательствамъ, предоставляющимъ пупилламъ исключительно одну прибыль, то этимъ отымается изъ числа выше цитированныхъ фрагментовъ столько, что уже о количественномъ большинствѣ свидѣтельствъ въ пользу критикуемаго воззрѣнія не можетъ быть и рѣчи. Дѣйствительно, большинство фрагментовъ, приводимыхъ въ пользу этого мнѣнія, говоритъ о такомъ обязательственномъ отношеніи, которое ведетъ къ полной, не naturaliter только, но civiliter, отвѣтственности пупилла, а именно о займѣ (mutuum L. 27 D. 1 2, 1; L. 42 D. 12, 2; L. 20 § 1 D. 15, 3; L. 21 D. 35, 2; L. 25 § 1 D. 36, 2. Особенно см. L. 64 pr. D. 36, 1 въ связи съ L. 95 § 2 D. 46, 3). Но это не будетъ отвѣтственность

[1]) Вопросъ о т. н. относительной ничтожности акта см. Über absolute und relative Nichtigkeit v. Brandis въ Zeitschrift f. Civil. und Process т. 7.

собственно по обязательству (pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur L. 59 D. 44, 7), а отвѣтственность изъ факта владѣнія чужою собственностью (Gaj. 3 § 91), такъ какъ онъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ in quantum locupletior fit (L. 13 § 1 D. 12, 6), nam (продолжаютъ редакторы Свода) hoc natura aequum est, neminem etc. (L. 14 D. eod.). Слѣдовательно, какъ мы видѣли, о силѣ какого бы то ни было обязательства въ данномъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи. Въ результатѣ же сказаннаго отъ числа общихъ ссылокъ въ пользу разсматриваемаго мнѣнія отнимается такое количество, что уже остатокъ никоимъ образомъ не можетъ быть выдаваемъ за мнѣнія большинства римскихъ юристовъ, письмена которыхъ внесены были въ Юстиніановъ Сводъ.

Мало того, внимательное чтеніе остальныхъ ссылокъ необходимо влечетъ за собою исключеніе еще нѣсколькихъ фрагментовъ. Такъ если кромѣ цитированныхъ фрагментовъ Брандисъ (стр. 151), а за нимъ и Вангеровъ (§ 279), ссылаются еще на § 3 L. 3, 30, то изъ чтенія его мы, напротивъ, выводимъ полную ничтожность обязательства, заключеннаго пупилломъ безъ соучастія опекуна: posterior obligatio (sc. pupilli sine tutoris auctoritate) nulla est. Далѣе, L. 1 § 13 D. 44, 7 говоритъ такъ неопредѣленно о правѣ пупилла вообще и stipulari, и promittere, что, выходя изъ буквальнаго смысла послѣднихъ словъ (recte posse), мы должны были бы признать полную дѣеспособность пупилла, что, разумѣется, допустить нельзя а скорѣе тутъ подразумѣвается дѣеспособность, въ проявленіи своемъ ограниченная требованіемъ соучастія опекуна. Во всякомъ случаѣ даже изъ буквальнаго смысла этого фрагмента нельзя вывести натуральнаго обязательства, а скорѣе уже obligatio civilis. Туже неопредѣленность замѣчаемъ и еще въ двухъ ссылкахъ L. 35 D. 4, 8; L. 14 § 3 D. 1 8, 2).

Итакъ смыслъ нѣкоторыхъ только что разсмотрѣнныхъ нами фрагментовъ не можетъ служить на пользу критикуемаго воззрѣнія Но за исключеніемъ разсмотрѣнныхъ фрагментовъ все жеостаются еще и такіе, которыми явно допускается пупиллу одному заключать обязательственныя сдѣлки съ силою obligationis naturalis, такъ что всякое стремленіе примирить противорѣчіе со словами Нерація и Руфина будетъ одною только натяжкою. Такъ, если мы, выходя изъ общаго направленія римскаго права, доказывали, что вѣрнымъ должно считать мнѣніе объ абсолютной ничтожности обязательственныхъ актовъ, совершенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна, то этимъ мы только

указывали на непослѣдовательность тѣхъ римскихъ юристовъ, которые въ частныхъ положеніяхъ допускали противное. Но что это противное допускалось, сомнѣваться въ томъ нельзя.

Такъ, если изъ L. 29 D. 12, 6 въ связи съ L. 41 D. 12, 6 мы доказывали недѣйствительность solutionis impuberis по обязательствамъ, заключеннымъ sine tutoris auctoritate, то съ другой стороны никакая интерпретація не устранитъ противорѣчія этихъ фрагментовъ съ L. 9 § 2 D. 26, 8 и L. 19 § 1 D. 12, 1. Особенно ясно выражается первый изъ нихъ: pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest. *Si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumsit, liberabitur.* Смыслъ этого фрагмента думали ограничить случаями выполненія обязательствъ, заключенныхъ при соучастіи опекуна (см. Schwannert стр. 371) и тѣмъ устранить противорѣчіе съ L. 41 cit. Но такое толкованіе вполнѣ произвольно. Кромѣ самой конструкціи фразы фрагмента (ex omnibus causis и затѣмъ противоположеніе... si tamen) ему противорѣчитъ такой же общій и ясный смыслъ L. 29 D. 12, 6, который опять таки по благоусмотрѣнію интерпретаторъ слѣдуетъ ограничить случаями выполненія обязательствъ, заключенныхъ уже tutore auctore [1]). Такъ какъ въ обоихъ случаяхъ толкованіе вполнѣ произвольное, не вытекающее изъ яснаго смысла фрагментовъ, то слѣдуетъ признать явное непримиримое между ними противорѣчіе [2]). Много и другихъ выраженій источниковъ говорятъ въ томъ же смыслѣ, какъ и L. 9 § 2 D. cit. (напр. L. 25 § 1 D. 36, 2; L. 19 § 4 D. 39, 5; L. 44 D. 46, 3; L. 64 pr. D. 36, 1.... si solverit mihi pupillus, non repetet).

Такое же противорѣчіе находимъ и по отношенію ко всѣмъ прочимъ дѣйствіямъ obligationum naturalium. Такъ въ противность сло-

---

[1]) Никакого смысла не имѣетъ примиреніе Унтерхолцнера (Schuldverhältn. 1 § 78 прим. e). Онъ допускаетъ solutio долговъ, совершенныхъ во время несовершеннолѣтія и безъ соучастія опекуна, только по достиженіи должника совершеннолѣтія (L. 61 pr. D. 36, 1), но не во время несовершеннолѣтія (L. 41 D. cit.). Изъ цитированныхъ мѣстъ источниковъ этого вліянія на solutio возрастовъ вывести нельзя, а затѣмъ разъ признанное obligatio naturalis, какъ и всякое civilis obligatio подлежитъ выполненію и его суррогатамъ безъ отношенія къ качествамъ лица обязаннаго (L. 19 pr. D. 12, 6; L. 16 § 4 D. 46, 1.

[2]) Бюхель стр. 81, Вангеровъ стр. 595. Шваннертъ оспариваетъ не самую мысль этихъ писателей, а только средство, которыми они думаютъ устранить извѣстныя невыгоды для пупилла, невыгоды, вытекающія изъ смысла, придаваемаго ими цитированнымъ фрагментамъ.

вамъ Гайя (3 § 176) и Павла (L. 20 D. 46,2), Ульпіянъ (L. 1 pr. § 1 D. 46, 2), опредѣливъ, что такое novatio, продолжаетъ: illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis... qualiscunpue igitur obligatio sit, quae praecessit novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, *aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* (см. еще § 3 I. 3, 29). Опять непримиримое противорѣчіе.

Тоже можемъ сказать и о поручительствѣ. Съ одной стороны L. 25 D. 46,1 (см. также L. 35 D. 4,8; L. 127 D. 45,1), а съ другой L. 6 D. 45,1 (см. также L. 42 pr. D. 12, 2; L. 42 D. 45, 1, L. 95 § 4 D. 46,3 или срав. L. 1 § 1 D. 46. 2 съ L. 14 § 1 D. 20, 1). Съ самыхъ временъ глоссы не перестаютъ ученые упражняться въ остроуміи съ цѣлью примирить эти явно противорѣчащія другъ другу положенія. Показать всюнесостоятельность этихъ попытокъне составляетъ никакого труда. Во монографіи Гиртаннера (Die Bürgschaft nach gem. Cvilrecht § 7) сведены и изложены главнѣйшія теоріи примиренія, но и самъ Гиртаннеръ не устоялъ отъ искушенія сдѣлать новую попытку примиренія. Онъ высказываетъ такую мысль (стр. 25 26): въ L. 25 D. cit. юристъ Марцеллъ не имѣлъ вовсе въ виду рѣшить вопросъ о томъ, можетъ ли имѣть какую бы то ни было силу поручительство за пупилла, а говоритъ только о томъ, что получаетъ ли поручитель изъ уплаты по подобному недѣйствительному поручительству регрессъ къ пупиллу? Марцеллъ рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, такъ какъ главный должникъ, въ силу отсутствія его личнаго интересса, не получаетъ actio mandati directa, а потому и поручитель не можетъ сослаться на то, что уплатилъ онъ съ цѣлью освободиться отъ обязательства по мандату. Я не стану входить въ подробное разсмотрѣніе этой попытки, такъ какъ несостоятельность ея будетъ необходимо слѣдовать изъ тѣхъ посылокъ, на которыхъ строется самый выводъ. Чтобы принять интерпретацію Гиртаннера, нужно допустить, чтобы отношенія между пупилломъ и поручителемъ основывались на предварительномъ мандатѣ, чтобы поручитель впалъ въ извинительное заблужденіе, чтобы слова «ei non subveniatur» понимались въ смыслѣ отказа поручителю въ регрессѣ къ должнику. Такъ какъ всѣ эти посылки вполнѣ произвольны, то и самый выводъ теряетъ свое значеніе, а напротивъ остается вполнѣ раціональнымъ мнѣніе Томазія (Schol. ad Huberi praelect. in Inst 3,21,3) о непримиримомъ противорѣчіи L. 25 D. cit съ L 6 D. cit.

Тоже можемъ сказать и о другихъ дѣйствіяхъ натуральнаго обя-

зательства. Напр. о retentio см. L. 7 § 1 D. 18,5; о compensatio см. L. 44 D. 46,3; L. 95 § 2 D. 46,3 срав. съ L. 6 D. 16,2 и т. п.

И такъ, нельзя не признать противорѣчія въ источникахъ по вопросу о силѣ обязательствъ, заключенныхъ пупилломъ безъ соучастія опекуна. Примиряли это противорѣчіе и объясняли многія другія неприведенныя нами выше, выраженія (напр. L. 14 § 3 D. 16,2. L. 21 pr. D. 35,2 и др.) тѣмъ общимъ положеніемъ, какъ выводомъ изъ частной интерпретаціи каждаго отдѣльнаго фрагмента, что обязательства, заключенныя безъ соучастія опекуна, не имѣютъ никакой силы по отношенію къ самому пупиллу, а только по отношенію къ третьимъ лицамъ, какъ напр. наслѣдникамъ, поручителямъ и т. п. (см. напр. Lauterbach Coll. th. pr. 26, 8 § 15 Thibaut Syst. § 5 30, Reinhardt natürl. Verb. § 72. Gesterding *Ausbeut.* 2 стр. 33 и слѣд. *Rosshirt* въ своемъ Zeitschr 1 тетрад. 2 стр. 130 и слѣд. Unterholzner Schuldver. 1 стр. 157 слѣд. и др.) Но этому положенію въ общемъ противорѣчитъ то, что если главное обязательство вовсе не существуетъ, то не можетъ быть и рѣчи о побочныхъ (Бюхель стр. 80; Вангеровъ 1 стр. 593). Такъ положимъ, если извѣстное лице не обязуется ни civiliter, ни nauraliter, т. е. вовсе не обязуется, то можно ли говорить о поручительствѣ за обязательство, которое, вовсе не существуетъ (§ § 1, 3, 5 L. 3,20; L. 6 pr. § 2 D. 46,1)? Если это возраженіе одинъ изъ новѣйшихъ писателей (Шваннертъ стр. 391) старается опровергнуть тѣмъ, что видитъ въ дѣйствіяхъ, пупилла, напр. его promissio, такую же causa solvendi какъ и всякое обязательство, будетъ ли то obligatio civilis или naturalis (aliqua obligatio),-то нельзя не назвать это одною софистикою. Вѣдь naturalis obligatio только потому и можетъ служить causa solvendi, что имѣетъ признанный юридическій характеръ, обязательство же, положимъ, promissionis, заключенное пупилломъ безъ соучастія опекуна, если не признано въ качествѣ aliqua obligatio, считается въ юридическомъ отношеніи, какъ nihil actum, а какъ ex nihilo nihil fit, то не можетъ имѣть силы и побочное обязательство, которое юридическаго основанія не имѣетъ. Дѣйствительно, положимъ, пупиллъ заключилъ обязательство безъ соучастія опекуна. Какое содержаніе можетъ имѣть, положимъ, поручительство по подобному обязательству? Вѣдь сказать поручитель не можетъ: ручаюсь, что пупиллъ выполнитъ это обязательство, не можетъ потому, что законъ не допускаетъ этого выполненія занеимѣніемъ юридическаго его основанія. Если же подобное поручительство обезпечивало вообще выполненіе

обязательства извѣстнаго содержанія безъ отношенія къ лицамъ, его выполняющимъ, то оно должно быть разсматриваемо, какъ обязательство самого поручителя, а если такъ, то нѣтъ основанія привлекать къ совершенію акта пупилла [1]).

Итакъ, какъ ни стараются нѣкоторые новѣйшіе писатели (особенно Schwannert § 18, Esmarsch § 518 въ одномъ направленіи и Brandis стр. 151 и слѣд. въ другомъ) во чтобы то ни стало примирить противорѣчіе источниковъ, но до сихъ поръ всѣ эти попытки весьма неудачны, а будетъ ли когда нибудь иначе — вопросъ сомнительный. Странно мнѣ только притязаніе ихъ по отношенію къ Юстиніанову своду. Если бы редакторы его, выходя изъ назначенія своей работы — дать систематическій сводъ дѣйствующаго права, дѣйствительно сознательно поставили такъ вопросъ, какъ поставили мы, то не было бы и никакого недоразумѣнія. Имъ оставалось бы только внести въ Пандекты слова или Нерація, Руфина, или другихъ писателей; придать техническое значеніе слову «naturalis» и т. д. Но такъ какъ нашъ вопросъ и отвѣтъ на него только выводы изъ многочисленныхъ положеній на частные случаи юристовъ различныхъ эпохъ и направленій, то трудно предположить, чтобы безъ руководительнаго начала создалось что либо цѣлое, безъ противорѣчій въ частности. Поэтому нельзя не согласиться съ Веберомъ (von der natürlich Verbindlichkeit § 71 стр. 237, а за нимъ и др.), что разсматриваемый вопросъ былъ споренъ между римскими юристами. Намъ остается только рѣшить, которое изъ двухъ мнѣній болѣе соотвѣтствовало вообще духу римскаго ученія объ опекѣ [2]) и въ заключеніе вывести общій принципъ. Мы полагаемъ, что мнѣніе Нерація и Руфина будетъ отвѣтомъ на данный вопросъ. Вотъ почему. Выше мы говорили, какое значеніе имѣло въ римскомъ правѣ подраздѣленіе возраста несовершеннолѣтія на право пупилла извѣстнаго подраздѣленія этого возраста совершать акты исключительно ему прибыльные.

---

[1]) Цитируемое часто L. 35 D. 4, 8 не служитъ отрицаніемъ извѣстной юридической силы обязательства compromissum impuberis sine tutore, а отрицается только прямое взысканіе, какъ при всѣхъ obligationes naturales, въ случаѣ если взысканіе падетъ на пупилла. А такъ какъ безъ возможности выполненія постановленія излишне и самое постановленіе, то судья и не обязывается pronuntiare, пока рѣшеніе obligatio naturalis impuberis не получитъ силы, посредствомъ поручительства. Срав. съ L. 127 D. 45, 1.

[2]) Количество юристовъ и большая ихъ извѣстность не рѣшаетъ вопроса, какъ полагаетъ напр. Савиньи Obligationenrecht. Стр. 74.

Назначеніе опеки не касается совершенія подобныхъ актовъ; назначеніе ея выражается въ обязанности опекуна охранять пупилла отъ имущественнаго ущерба, за который и несетъ закономъ опредѣленную отвѣтственность (см. ниже). Не будетъ ли логически необходимымъ заключеніемъ изъ подобнаго назначенія опеки признать всѣ обязательственные акты, не исключительно прибыльные ему, ничтожными, если совершены они были безъ соучастія опекуна? Мы и дѣлаемъ подобное заключеніе. При этомъ должны замѣтить, что такъ какъ основаніемъ назначенія опеки ко всѣмъ несовершеннолѣтнимъ сиротамъ служитъ признанный закономъ за всѣми ними недостатокъ тѣхъ душевныхъ качествъ, которыя гарантировали бы вполнѣ ихъ личную заботу о собственномъ интересѣ, то даже если бы de facto и случилось, что пупиллъ вполнѣ развился бы до достиженія имъ совершеннолѣтія, предъ закономъ онъ все таки ничѣмъ бы не отличался отъ вполнѣ неразвитыхъ пупилловъ. Поэтому они избаются тѣ ученые (Рудорфъ 2 стр. 270; Puchta Pandek стр. 287; Erxleben die Condictionen 1 ч. стр. 6, 7, 126 и др.), которые, желая примирить противорѣчіе въ источникахъ, объясняютъ naturalis obligatio, но нѣкоторымъ изъ нихъ, присутствіемъ въ индивидѣ въ каждомъ данномъ случаѣ полной conscientiae (jus gentium), чѣмъ и устраняется значеніе законныхъ сроковъ. Но если законъ сказалъ, что лица до такого-то возраста этой conscientiam не имѣютъ, то нельзя въ противность законному постановленію предполагать все таки извѣстное обстоятельство (Weber § 71; Goldschmidt § 4; Schwannert стр. 386) и на немъ строить извѣстную силу юридическихъ актовъ (см. Paul. 3, 4 § 2; L. 5 C. de legib. 1, 14).

Итакъ писатели, высказывающіеся за naturalis obligatio, становятся въ противорѣчіе съ общимъ назначеніемъ опеки.

Въ частности также и каждое положеніе, признающее какуюбы то ни было силу обязательства пупилла, стоитъ въ такомъ явномъ противорѣчіи, какъ съ общимъ назначеніемъ опеки, такъ въ частности и съ общимъ ученіемъ тѣхъ институтовъ, къ которымъ по содержанію они относятся, что въ виду вышесказаннаго мы получаемъ полное право признать подобныя положенія за юридическую неконсеквентность тѣхъ римскихъ юристовъ, которые расходились съ общими положеніями всей римской юриспруденціи.

По установившемуся теперь понятію obligatio naturalis называется такое обязательство, по которому нѣтъ иска (klaglos), но уплата по которому дѣйствительна (zahlbar), равно какъ и суррo-

гать уплаты. Слѣдовательно если даже предположить, что прямаго удовлетворенія обязательства пупилла de facto и не будетъ влечь за собою никогда, то одно уже косвенное удовлетвореніе, независящее отъ воли пупиллла, или его опекуна, станетъ въ окончательный разрѣзъ съ назначеніемъ опеки. Съ одной стороны полная отвѣтственность за всякій имущественный ущербъ пупилла, какъ выраженіе назначенія — охранять всякій интересъ его; почему одному только опекуну и мыслимо предоставить вліять на имущество пупилла. А съ другой стороны, оставляя эту отвѣтственность, допускаютъ, безпредѣльное вліяніе пупилла на то долговое свое имущество, которое пойдетъ въ удовлетвореніе по его обязательствамъ.

Наконецъ, допуская извѣстныя послѣдствія по обязательствамъ пупилла, римскіе юристы доходятъ до полнаго искаженія общаго смысла тѣхъ институтовъ, къ которымъ относятся ихъ ссылки. Такъ напр. въ L. 127 D. 45, 1 (см. также L. 25 D. 46, 1 и др.[1]) читаемъ, что pupillus можетъ promittere sine tutoris auctoritate и къ подобной сдѣлкѣ привлекать поручителя. На основаніи этого фрагмента признаютъ иногда полную силу поручительства по обязательствамъ пупилла (напр. Voet Comment ad Pand. L. 26 t. 8, 4. см. о поручительствѣ за несовершеннолѣтнихъ у Vinnius Selaect. cap. XI.). Но если мы сопоставимъ этотъ фрагментъ съ извѣстными намъ правилами о поручительствѣ по дѣйствіямъ пупилловъ, то выйдетъ слѣдующая несообразность. Вопервыхъ подобное поручительство отождествляеттся съ поручительствомъ за расточителей и безумныхъ (L. 25 D. 46, 1). Во вторыхъ поручитель не имѣетъ регресса къ пупиллу (L. 35 D. 4, 8; L. 42 D. 12, 2; L. 29 § 1, 2 D. 17, 1). Итакъ, придерживаясь буквалнаго смысла L. 127 D. cit., мы должны были бы признать право и за furioso заключать обязательственныя сдѣлки съ силою naturalium obligationum, чего, конечно, не скажетъ ни одинъ цивилистъ (L. 6 D. 45, 1), а если въ прежнее время высказывалось иногда нѣчто подобное (см. Girtanner стр. 22, 23 и 24), то это можно объяснить только однимъ увлеченіемъ интерпретаторовъ при усиленныхъ попыткахъ примирить непримиримыя выраженія источниковъ. Съ другой стороны не дать права поручителю требовать удовлетворенія отъ пупилла за выполненіе обязательства, не значитъ ли признать недѣйствительность его по отношенію къ пупиллу, а

[1]) Но только не L. 2 D. 46, 1, которое говоритъ объ отвѣтственности поручителя съ такими ограниченіями, что въ пользу разсматриваемаго вопроса не можетъ быть цитировано.

*

соучастіемъ опекуна, давалъ право на тоже средство (см. напр. L. 2, 3 C. 2, 25; L. 4, 5 C. 2, 27).

Итакъ хотя противорѣчіе въ источникахъ по данному вопросу вполнѣ ясно, но интерпретируется оно не въ пользу тѣхъ фрагментовъ, которые проводятъ начало naturalium obligationum. Такимъ образомъ на совершеніе всѣхъ актовъ, которые могутъ повлечь за собою имущественную отвѣтственность, пупиллъ имѣетъ право не иначе, какъ при соучастіи опекуна. Конечно, случаи соучастія судебнаго мѣста (L. 5 § 1 D. 29, 2; L. 18 § 4 C. 6, 30) не составляютъ исключенія изъ положенія о полной недѣеспособности пупилла къ подобнымъ актамъ.

Въ общемъ же результатѣ остается въ силѣ *историческій принципъ полной недѣеспособности пупилла* и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ.

Въ началѣ изслѣдованія мы сказали, что дѣеспособностью пупилла обусловливается кругъ и характеръ обязанностей опекуна. Теперь, когда доказано, что въ римскомъ правѣ за пупилломъ отрицалась дѣеспособность во всѣ времена и вполнѣ, мы можемъ сказать, что опекунъ въ юридическихъ выраженіяхъ управленія опекаемымъ имуществомъ замѣнялъ собою пупилла, а если и допускалъ его къ совершенію юридическихъ актовъ, подъ своею отвѣтственностью, то опять вся юридическая сила совершенія акта заключалась въ его соучастіи, а только формальная — въ дѣятельности пупилла.

Покончивъ съ вопросомъ о дѣеспособности пупилла, обращаемся къ вопросу о дѣеспособности минора, обусловливающей характеръ обязанностей попечителя.

О дѣеспособности миноровъ.

Данный вопросъ необходимо подраздѣлить на два частные вопроса, отвѣты на которые обусловливаютъ рѣшеніе только даннаго вопроса. Вопервыхъ всѣ ли миноры состояли подъ попечительствомъ? Вовторыхъ, какъ велика была мѣра признанной за ними дѣеспособности? Отвѣтомъ на первый вопросъ обусловливается необходимо только ограниченіе дѣеспособности минора, отвѣтомъ же на второй опредѣляется и мѣра этого ограниченія, а въ общемъ слѣдовательно, получаемъ положеніе минора въ гражданскомъ юридическомъ оборотѣ, положеніе, обусловливающее отвѣтъ на общій вопросъ о дѣеспособности всѣхъ миноровъ.

А) Всѣ ли миноры состояли подъ попечительствомъ.

Попечительство надъ минорами, какъ надъ лицами совершеннолѣтними, въ древнемъ Римѣ было немыслимо (см. о положеніи миноровъ у Gell. 5, 19; 10, 28; *Festus* v. bulla aurea; Valer. Max. 5, 4). Позднѣйшая исторія его учрежденія и развитія сводится къ вопросу о содержаніи двухъ законовъ, одного республиканскихъ временъ—закона Плеторія, другаго императорскаго закона Марка Аврелія. И такъ обращаемся къ содержанію этихъ законовъ.

О содержаніи Legis Plaetoriae мы имѣемъ самыя смутныя понятія (Рудорфъ I § 13). Прежде чѣмъ дѣлать какіе бы то ни было выводы, считаемъ долгомъ привести всѣ дошедшія до насъ изъ вторыхъ рукъ свѣдѣнія въ болѣе или менѣе короткихъ фразахъ,-чтобы тѣмъ сразу показать, что говорить о сущности Legis Plaetoriae, можно только какъ о субъективномъ предположеніи, не выдавая личнаго предположенія за достовѣрный историческій фактъ. По времени первыя свѣдѣнія о Законѣ Плеторія сохранились въ комедіи Плавта: *Plautus* Pseu. dol. I 3 V. 69: «*Callidorus*: Perii! an non tum lex me perdit quina vicenaria»? Metuunt credere omnes de eadem est mihi lex, metuo credere. *Plautus* Rudens V. 3 v. 24: Labrax, cedo qui cum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos. Затѣмъ Цицеронъ: Cic. de off. 3, 15. Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria (Vulgo Laetoria); Cic. ad Nat. Deor. 3 30: Inde juditium publicum rei privatae lege Plaetoria (vulgo Laetoria). Затѣмъ Светоній: Suet. у Priscian. 8, 4: Plaetoria quae vetat minorem annis XXV stipulari; Светоній же у Prisc.: minor viginti quinque annorum stipulari non potest. Затѣмъ Tabula Heracleensis L. 3, 12: Quive. Lege. Plaetoria. Ob. Eamve. Rem. Quod. Adversus. Eam. Legem. Fecit. Fecerit. Condemnatus. Erit. Затѣмъ Кодексъ Ѳеодосія: Donec is cujus facultatibus cesserit, annos Plaetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem. L. 12 Th. Cod. de donatiôn. 8, 12. Наконецъ, самое полное извѣстіе о содержаніи закона Плеторія находимъ у историка Капитолина въ описаніи жизни Марка Аврелія: De curatoribus autem cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter losciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit (D. Marcus), ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis (Capit. Marc. c. 10).

Изъ всего цитированнаго можно сдѣлать слѣдующіе выводы: закономъ Плеторія 1) вводился новый возрастъ—minoritas XXV annis, 2) индивидовъ этого возраста (миноровъ) подчиняли попечительству, 3) съ минорами было почему то опасно заключать договоры займа, 4) минорамъ въ какомъ то смыслѣ запрещалось заключать торжественные словесные договоры, stipulationes и, наконецъ, 5) миноры охранялись по закону отъ имущественнаго ущерба, какъ послѣдствія обмана, circumscriptio (см. Виснеръ Vormundschaftsrecht § 448).

За исключеніемъ положенія о новомъ возрастѣ всѣ остальныя въ литературѣ спорны. Да едва ли и наступитъ то время, когда съ исторической точки зрѣнія согласятся въ фактической достовѣрности такого или другого мнѣнія. Ex nihilo nihil fit. Въ новѣйшей литературѣ почти буквально всѣми писателями принято за аксіому мнѣніе Савиньи, изложенное въ талантливой монографіи: Von dem Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der Lex Plaetoria (Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. 10 N. 3). Дѣйствительно, Савиньи сдѣлалъ все, чего только можно требовать отъ человѣческой логики, но такъ какъ логики этой рѣшительно не на что было опереться, то его положеніе и будетъ только блистательной по уму и ловкости, съ которой проводилась, гипотезою, возвести которую въ историческій фактъ запрещаетъ научная добросовѣстность.

Такъ обратимся въ частности къ каждому изъ цитированныхъ отрывковъ.

Самыя ясныя свѣдѣнія о попечительствѣ надъ минорами даетъ Капитолинъ. Какіе можно сдѣлать выводы изъ его словъ? Съ перваго взгляда очевидно, что Капитолинъ противополагаетъ закону Плеторія конституцію Марка. Но въ чемъ заключается сущность этого противоположенія — вопросъ окончательно темный. Выраженіе Капитолина единственно ясное свидѣтельство о переходѣ къ новому періоду въ исторіи попечительства и окончательно единственное, говорящее прямо о попечительствѣ надъ минорами во время республики. Поэтому понятно, что отвѣтъ на данный вопросъ будетъ зависѣть отъ той или другой интерпретаціи словъ Капитолина. Эта интерпретація привела къ разнообразнѣйшимъ воззрѣніямъ на исторію попечительства. Скажемъ о нѣкоторыхъ болѣе выдающихся по силѣ логики, съ которой проводились (объ остальныхъ см. у Виснера § 448 и Рудорфа 1 стр. 95 и слѣд.).

Такъ одни писатели подчиняютъ попечительству, на основаніи закона Плеторія, всѣхъ миноровъ, которые просятъ о томъ, представ-

ляя извѣстное основаніе своей просьбы. (Первый Heinectius histor. jur. civ. 1 § 99; elementa jur. civ. I 23 § 27, 1 а затѣмъ и другіе: Hugo 6 ed. стр. 254; Thibaut § 509; Zimmern 1 § 237; Schweppe § 432 N. 3; и др.).

Другіе (первый Hoepfner de Lege Laet. § 11-14) ограничиваютъ по закону Плеторія попечительство только надъ такими минорами, которые окажутся слабоумными и безпорядочными. Это мнѣніе въ прежнее время было господствующимъ (см. Noodt Comm стр. 172 Hoepfner Commenntar. стр. 243; Мейеръ стр. 42; Глюкъ 30 стр. 4; объ остальныхъ см. у Рудорфа 1 стр 97).

Есть множество варіацій того и другаго мнѣнія, и между ними всего болѣе извѣстно мнѣніе Савиньи (стр. 253, Буквально повторяютъ мнѣніе Савиньи напр. Rein стр. 261, Keller 1 § 28), полагавшаго, что закономъ Плеторія введено попечительство для каждой отдѣльной сдѣлки минора, чтобы тѣмъ отвратить послѣдствія другихъ постановленій того закона, а именно: обвиненіе въ обманѣ (circumscriptio) и право минора на возраженіе (exceptio legis Plaetoriae) въ случаѣ иска контрагента. Въ существенномъ мнѣніе Савиньи почти тождественно съ первымъ.

Разсмотримъ основанія каждаго изъ этихъ мнѣній. Слова: «ante nonnisi ex lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam», одни понимаютъ въ томъ смыслѣ, что по закону Плеторія попечители назначались только вслѣдствіе lasciviae или dementiae; другіе же вставляютъ передъ предлогомъ ex раздѣлительный союзъ vel, такъ что получается слѣдующій смыслъ: прежде назначались попечители только или по закону Плеторія, или и т. д. Савиньи, принимая это же раздѣленіе, не считаетъ необходимымъ произвольно вставлять частицы (тоже Рудорфъ 1 стр. 100), которой въ текстѣ нѣтъ (см. Höpfner de L. L. § 7), но, находя у многихъ римскихъ писателей раздѣленія и безъ частицы vel (хотя встрѣчаются и противные примѣры напр. у Terent. Eunuch. II, 3, 27), думаетъ видѣть тоже и у Капитолина. И такъ остается выбрать, которое изъ приведенныхъ мнѣнія вернѣе. Первое, какъ основанное на ничѣмъ недоказанной неполнотѣ текста, неправдоподобно; но если выбирать между обоими цитированными мнѣніями, то за первое съ другой стороны будетъ грамматическое толкованіе, такъ какъ по сознанію самого Савиньи выраженіе можетъ имѣть двоякій смыслъ, а такъ какъ принятый имъ смыслъ будетъ основываться

на исключительныхъ примѣрахъ, то вѣроятность, конечно, на сторонѣ обыкновенной грамматической формы.

Далѣе споренъ смыслъ словъ: lascivia и dementia. Собственно первое изъ нихъ, lascivia, если держаться обыкновеннаго словоупотребленія, значитъ: безпорядочность, распущенность. Такъ его и понимаютъ писатели 2-й теоріи, опредѣляя lascivus словами: qui petulanter et dissolute vivit (см. Глюкъ 30 стр. 5). Но другіе писатели не различаютъ понятія lasciviae съ понятіемъ prodigalitatis (Demangeat 1 стр. 401), чтобы тѣмъ отождествить cura propter lasciviam съ извѣстною еще въ XII таблицахъ cura prodigorum. Доказательства исключительно логическія. Дѣйствительно, какъ ни обще выраженіе lascivia, но выходя изъ назначенія попечительства, мы должны необходимо ограничить его смысломъ расточительства, такъ какъ всякимъ назначеніемъ попечительства и имѣется въ виду предупредить всякій имущественный ущербъ, будетъ ли онъ вытекать изъ неумѣлости вести какъ слѣдуетъ свои дѣла, или изъ нежеланія вести ихъ какъ слѣдуетъ. Тутъ выборъ только между двумя мотивами. Правда, подъ понятіе слова lascivia подходятъ оба (petulanter et dissolute), но такъ какъ первый приведенъ въ словѣ dementia, то остается только второй, который и сводится къ prodigalitas. Но все это только одни логическія разсужденія, а фактъ то будетъ тотъ, что слово lascivia въ источникахъ никогда не встрѣчается вмѣсто слова prodigalitas, и выраженіе cura prodigorum никогда не замѣняется другимъ (Глюкъ 30 стр. 5). Слѣдовательно второе мнѣніе будетъ бездоказательнымъ, а первое, по слишкомъ большой общности выраженій, не имѣетъ юридическаго смысла, а потому и ничего не поясняетъ.

Далѣе, какой смыслъ слова «dementia»? Одни понимаютъ его въ смыслѣ слабоумія, отождествляя съ словомъ insania, другіе въ смыслѣ безумія, furor, такъ что cura propter dementiam будетъ значить тоже самое что и cura furiosorum, извѣстное уже по XII таблицамъ. И тѣ и другіе, въ доказательство своего пониманія, ссылаются на одно и тоже свидѣтельство Цицерона (Cic. Tuscul. quaest. 3, 5 см. и другія ссылки, но уже новое бездоказательныя, у Schulting. Стр. 67 Not. 9).

Но надо сознаться, что опредѣленіе Цицерона dementiae и furoris такъ тонко, что въ равной степени можетъ быть приводимо въ ссылкахъ и той и другой стороны. Такъ, говоря о cura furiosorum по XII таблицамъ, Цицеронъ отождествляетъ очевидно dementia съ insania, quae juncta stultitiae patet latius; а за тѣмъ онъ же рѣзко различаетъ dementia отъ furor словами: qui ita sit

adfectus, cum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulae. Itaque non est scriptum: *si insanus*, sed: *si furiosus esse incipit.* (См. также L. 8 § 1 D. 26, 5; L. 6 D. 27, 10; § 3, 4. I. 1, 23; L. 28 C. 1, 4; L. 28 § 1 C 5, 37; L; 2 5 C. 5,4). Не будь этого послѣдняго выраженія, то, дѣйствительно, можно было бы принять dementiam за нѣчто аналогичное furoris, такъ какъ insania поставлена выше stultitiae, какъ такого состоянія, въ которомъ posse tueri mediocritatem officiorum, et vitae communem cultum atque usitatum. Но разъ сдѣлано противоположеніе, то уже отождествлять ихъ нельзя. Съ другой же стороны слово dementia часто употребляется въ безразличномъ смыслѣ со словомъ furor, какъ у юридическихъ (См. напр. L. 14 D. 1, 18; L. 7 § 1 D. 27, 10), такъ и неюридическихъ (напр. Lactantius de vita beata см. въ ссылкѣ у Савиньи стр. 36) писателей и притомъ, конечно, въ смыслѣ полнаго отсутствія ума. Это вѣрно, но вѣрно также и то, что иногда они рѣзко различаются и притомъ не по выраженію безумія, которое было бы очевидно все равно для опредѣленій XII таблицъ, а въ самой степени безумія. Напр. demens часто отождествляется въ значеніи со словомъ: mente captus (Festus v. mente captus L. 28 C. 1, 4; L. 25 C. 5, 4; L. 2 C. 5, 70; L. 9 C. 6, 26), употребляемымъ въ томъ же смыслѣ, какъ и слово «fatuus» (§ 4 I. 1, 23; L. 45 § 2 D. 27, 1 срав. съ L 2 D. 3, 1; L. 21 D. 42, 5). Въ какомъ изъ этихъ двухъ смысловъ употреблено это слово у Капитолина, остается все еще угадать.

Также спорен смыслъ слова «darentur». Грамматически, конечно, оно скорѣе всего можетъ быть употреблено Капитолиномъ для опредѣленія curae dativae, хотя этимъ же словомъ даже юридическіе источники опредѣляютъ и попечительство по закону (Ulp. 12 §§ 1, 3; L. 3 § 1 D. 26, 1). Слѣдовательно опять положительные выводы будутъ имѣть значеніе однихъ только предположеній.

Вотъ какъ неопредѣленно, темно единственное свидѣтельство о попечительствѣ надъ минорами въ республиканскія времена. Любая теорія объ исторіи этого попечительства совершенно легко укладывается въ этомъ свидѣтельствѣ, а потому мы считаемъ научно добросовѣстнѣе согласиться съ тѣми цивилистами, которые признаютъ одинъ безспорный въ этомъ свидѣтельствѣ Капитолина фактъ, а именно, что по закону Плеторія назначалось для минора попечительство, а при какихъ условіяхъ — неизвѣстно (см. напр. Burchardi Lehrbuch d. röm. Rechts 2 § 136).

Обратимся къ другимъ свидѣтельствамъ объ этомъ же законѣ.

Всего болѣе возбуждаетъ недоумѣніе выраженія Свитонія у Присціана. По ясности выраженія самого по себѣ взятаго этого недоумѣнія собственно и не должно было бы быть. Такъ закону Плеторія приписывается запрещеніе minoribus XXV annis заключать торжественные словесные договоры, stipulationes, конечно, въ смыслѣ обязываться этими договорами, stipulatione obligari (см. Unterholzner Schuldverhältn. 1 § 80 прим. c.) [1]. Но вотъ вопросъ: какъ связать это запрещеніе съ послѣдующимъ свидѣтельствомъ источниковъ, по которому stipulari было вполнѣ предоставлено волѣ минора и притомъ не въ видѣ частнаго разрѣшенія прежняго ограниченія ихъ дѣеспособности, а какъ постоянно существовавшее правило (L. 101 D. 45, 1 см. ниже). Достовѣрная исторія послѣдующаго ограниченія дѣеспособности миноровъ не даетъ намъ права заключать о внезапномъ и полномъ ея ограниченіи, хотя бы только въ сдѣлкахъ обязательственныхъ, такъ какъ впослѣдствіи шли путемъ не разрѣшенія, а постепеннаго ограниченія, какъ это можно заключить и изъ самаго способа выраженія Капитолина. Какой же смыслъ словъ Светонія? Иные писатели на основаніи слова «vetat», думаютъ въ законѣ Плеторія видѣть т. н. lex minus quam perfecta (minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit. Ulpianus procem. § 2); а потому слѣдовало бы, что закономъ Плеторія не запрещалось минорамъ обязываться подобными договорами, но только наказывался обманъ со стороны контрагентовъ этого обязательства. Но во первыхъ слово «vetat» употребляется Ульпіаномъ для опредѣленія содержанія и legis perfectae (perfecta lex est, quae vetat a. f, et, si f. s, rescindit, sed poenam non injungit. Нѣтъ основанія заподозрить, почему это опредѣленіе новѣйшихъ ученыхъ было бы не согласно съ духомъ Римскаго Права, такъ какъ содержанію legis perfectae оно вполнѣ соотвѣтствуетъ); а во вторыхъ, другое цитированное выраженіе Светонія не оставляетъ и малѣйшаго сомнѣнія. Тамъ прямо говорится: Stipulari non potest. Другіе писатели (напр. Walter Geschichte d. röm. Rechts 2 Стр. 163) ограничиваютъ

[1]) Нѣкоторые писатели (напр. Selhow Elementa antiquit. juris Romani public. et priv. § 579) понимаютъ запрещеніе stipulari въ самомъ обширномъ смыслѣ. Но что это запрещеніе слѣдуетъ ограничить однимъ случаемъ obligari stipulatione, слѣдуетъ изъ того, что запрещеніе обязывать себя по стипуляціямъ другихъ противорѣчитъ какъ назначенію попечительства, ограждать имущественный интересъ минора только отъ имущественнаго ущерба, а не отъ выгодъ, такъ и свободному праву стипуляцій даже пупилла (pr. L. 1, 21).

запрещеніе стипуляціи на тотъ только случай, если миноръ не привлечетъ къ заключенію договора попечителя, такъ что cum consensu curatoris совершенная обязательственная сдѣлка будетъ имѣть полную юридическую силу. При всей быть можетъ правдоподобности этого воззрѣнія мы не можемъ признать его безспорно достовѣрнымъ, такъ какъ изъ чтенія цитированнаго отрывка прямо оно не вытекаетъ, а кромѣ того противорѣчитъ ясныхъ словамъ источниковъ: puberes *sine curatoribus suis* possunt ex stipulatu obligari (L. 101 D. 45, 1). Правда, нѣкоторые писатели (напр. Meyer Стр. 65) послѣднія слова понимаютъ въ томъ смыслѣ, что ими разрѣшается минору обязываться только лично, между тѣмъ какъ законъ Плеторія говоритъ de stipulatu super bonis. Несостоятельность этой попытки примирить оба выраженія слѣдуетъ уже изъ произвольнаго пониманія совершенно ясныхъ словъ, но еще мало того, эта попытка, какъ будетъ доказано ниже, противорѣчитъ и юридической логикѣ.

Что касается до насъ, то мы отказываемся понять значеніе словъ Светонія по отношенію къ опредѣленію дѣеспособности минора, но опять обращаемъ вниманіе читателей, на какихъ шаткихъ бездоказательныхъ основаніяхъ строются самоувѣренныя теоріи, возводимыя затѣмъ разными учебниками въ аксіомы. Поэтому въ послѣдующемъ изложеніи ученія о попечительствѣ надъ минорами мы будемъ игнорировать подобныя ничего не выясняющія выраженія.

Далѣе, у Плавта встрѣчается выраженіе о какихъ то неудобствахъ въ силу постановленій закона Плеторія давать минорамъ въ займы деньги. Признавались ли по закону Плеторія подобные договоры недѣйствительными, или другое что либо внушало опасеніе давать минорамъ въ займы,—изъ такого общаго выраженія, какъ «metuunt credere omnes», мы рѣшить не можемъ; но съ другой стороны на основаніи этого выраженія можемъ оправдать, какъ мнѣніе о недѣйствительности (см. Глюкъ 30 § 1321 a, Вальтеръ 2 стр. 163 и др.), такъ и мнѣніе объ опасеніи будущаго обвиненія въ обманѣ, circumscriptio Савиньи cit.);—равно какъ можемъ и несогласиться съ обоими. Дѣйствительно, еслибы рѣчь шла о недѣйствительности сдѣлки займа, то объ юридическомъ опасеніи за возвращеніе даннаго въ займы и рѣчи быть не могло; если же признать, что опасеніе направлено къ будущему обвиненію въ мошенничествѣ, то это значитъ предположить невозможность даннаго займа минора, какъ мошенническаго (omnes metuunt). Итакъ что хотѣлъ сказать Плавтъ своимъ выраженіемъ, знаетъ только одинъ онъ.

Далѣе, Цицеронъ, Плавтъ и Tabula Heracleensis говорятъ о послѣдствіяхъ мошенничества надъ минорами, circumscriptio adolescentium. Намъ не важно знать, какими средствами охранялись миноры отъ мошенничества, но важно только то, вопервыхъ, что очевидно эти средства установлены въ видѣ привиллегіи юношей, и вовторыхъ, что они не предупредительныя, а карательныя. Изъ послѣдняго можетъ быть сдѣлано заключеніе, что дѣеспособность совершеннолѣтнихъ (puberum) не стѣснялась, а только до извѣстнаго возраста въ своемъ выраженіи охранялась самимъ закономъ. Для понятія обмана, circumscriptio, предполагается дѣеспособность самаго обманываемаго adolescentis.

Итакъ единственно достовѣрные выводы, которые можемъ сдѣлать изъ выше цитированныхъ свидѣтельствъ закона Плеторія, будутъ слѣдующіе: 1) закономъ Плеторія впервые выдѣлился изъ возраста совершеннолѣтія возрастъ лицъ, недостигшихъ 25 лѣтъ; почему и самъ законъ называется «Lex quinavicennaria»; 2) этотъ возрастъ, въ видѣ привиллегіи, установленной самимъ закономъ, охранялся извѣстными средствами отъ мошенничества другихъ, circumscriptio, 3) а эта привиллегія предполагаетъ въ принципѣ дѣеспособность минора; наконецъ 4) въ виду опредѣленія новаго возраста впервые закономъ Плеторія должны допустить также, что и о попечительствѣ надъ минорами впервые упоминается только въ этомъ же законѣ (см. Рудорфъ 1 стр. 93 и 94).—Всѣ остальныя свидѣтельства о законѣ Плеторія такъ общи, такъ темны или непонятны намъ, что могутъ оправдать любую теорію о попечительствѣ и о дѣеспособности миноровъ, чѣмъ даже и объясняется самый пріемъ въ изслѣдованіи всѣхъ теоретиковъ: они только объясняютъ свои теоріи этими извѣстіями, но не выводятъ изъ нихъ. Поэтому мы считаемъ излишней тратой ума выдумывать еще новую неслыханную интерпретацію цитированныхъ фрагментовъ, а думаемъ просто игнорировать ихъ за безполезностью и строить дальше свои выводы, нестѣсняясь тою или другою интерпретаціею ихъ.

О конституціи Марка Аврелія.

Дальнѣйшая исторіи curae minorum сводится къ тому или другому пониманію конституціи Марка Аврелія. Содержаніе этой конституціи мы знаемъ главнымъ образомъ изъ вышецитированнаго выраженія того же Капитолина. Что изъ словъ послѣдняго должно вывести распространеніе Маркомъ случаевъ назначенія минорамъ попе-

чителей, объ этомъ никто не споритъ. Но спорно: всѣхъ ли миноровъ безъ исключенія подчинилъ Маркъ Аврелій попечительству, или же только распространилъ его примѣненіе на нѣкоторые частные случаи? Рѣшеніе этого вопроса будетъ зависѣть оттого, признаемъ ли мы возможность существованія минора безъ попечителей послѣ Марка, или нѣтъ.

На послѣдній вопросъ большинство писателей всѣхъ временъ отвѣчаютъ утвердительно (см. напр. Глюкъ 30 § 1321 a; Meyer § 14 Савиньи Стр. 283 и слѣд.; Рудорфъ и др.). Основанія подобнаго взгляда очевидно весьма вѣски. Такъ, вопервыхъ, выходятъ изъ общаго положенія: inviti adolescentes curatores non accipiunt. Послѣднее выраженіе очевидно, даетъ полное право предположить и такой случай, когда миноръ не пожелаетъ имѣть попечителя, а потому и останется неподчиненнымъ попечительству. Во вторыхъ, въ источникахъ ясно поименованы случаи, когда adolescentes обязаны принять попечителя, а такъ какъ эти случаи не исчерпываютъ всей юридической дѣятельности, то отсюда выводъ: могло случиться, что миноръ оставался безъ попечителя. Въ третьихъ, изъ встрѣчающагося въ источникахъ раздѣленія попечительства на спеціальное (cura specialis) и общее (c. generalis) выводили, что первое прекращалось съ выполненіемъ спеціально очерченной ему цѣли, а только второе разъ назначенное оставалось usque ad XXV annos. Слѣдовательно, въ первомъ случаѣ миноръ, съ прекращеніемъ обязанностей curatoris specialis, оставался безъ попечителя.

Разсмотримъ каждое основаніе порознь.

Итакъ 1) попечители назначались не иначе, какъ по желанію самихъ миноровъ: inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem (§ 2 I. 1, 23); minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent (L. 13 § 2 D. 26, 5) и т. п. см. Theoph. Paraph. ad § 2 I. 1, 23; L. 43 § 3 D. 3,3; L. 2 § 4, 5 D. 26, 6; L. 6. (5, 71). Но рядомъ съ этими выраженіями въ источникахъ встрѣчаются и такія, изъ которыхъ мы должны заключить, что миноры не могли оставаться безъ попечителей (напр. Ulp. 12 § 4; Gaj. Epit. L. 1. t. 8; pr. I. 1, 23; L. 1. 3; L. 2 D. 4,4; Capitolin. cit... ut omnes adulti curatores accipiunt; Harmenopulus Manual. leg. I, 12 § 19). Итакъ съ одной стороны полная свобода подчинить себя попечителю или нѣтъ, а съ другой абсолютное правило о подобномъ подчиненіи всѣхъ миноровъ.

Противорѣчіе очевидное. Какъ согласить его? Прежде всего мы

должны сказать, что опека и попечительство назначались главнымъ образомъ къ тѣмъ лицамъ, которыя имѣли какое либо имущество, и кромѣ того, если было имущество у пупилла или минора, то опека или попечительство назначались непремѣнно, такъ какъ общимъ правиломъ признавалась ихъ неспособность sua negotia tueri, хотя бы даже въ частномъ случаѣ они и bene administrassent (L. 1 § 3 D. 4, 4). Кромѣ того всякій частный случай administrationis rerum самимъ миноромъ былъ личною привиллегіею, предоставленною императоромъ (. . . rerum suarum administrationem *extra ordinem indulserunt* L. 3 pr. D. 4, 4). Всего яснѣе это общее правило выразилъ Юстиніанъ, говоря: masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia, licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint (pr. § 2 I. 1, 23). А черезъ фрагментъ сейчасъ же: item inviti adolescentes etc. Кромѣ того, если обратимъ вниманія, что въ § 2 I. cit. приведенъ только одинъ случай исключенія свободы, а именно процессъ, то какъ согласить туже свободу со множествомъ другихъ примѣровъ въ источникахъ, въ которыхъ требовалось непремѣнно попечительтво? Какое бы нибыло объясненіе этому противорѣчію, но фактъ будетъ только тотъ, что тамъ, гдѣ требовалось соучастіе попечителя въ актѣ, тамъ оно и должно быть, или наступали извѣстныя законныя послѣдствія, соединенныя съ неисполненіемъ требованія законовъ (L. 5 C. 1, 14).

2) Если случаи явнаго требованія попечителя не исчерпываютъ всей юридической дѣятельности, то изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы въ остальныхъ случаяхъ миноръ могъ оставаться безъ попечителя. Требованіе это не приведено ни въ одномъ мѣстѣ и, за исключеніемъ одного случая процесса, нигдѣ не сказано, чтобы это требованіе составляло исключеніе изъ права миноровъ оставаться безъ попечителя. А потому противное должно быть доказано явнымъ свидѣтельствомъ источниковъ, а такъ какъ нѣкоторые приводимые примѣры неубѣдительны, то, слѣдовательно, и положеніе не вѣрно.

3) Изъ раздѣленія попечительства на cura specialis (чаще cura ad species (L. 8 D. 46, 8), ad certam causam (§ 2 I. 1, 23) data) и cura generalis (L. 61 D. 23, 3; L. 3 § 4 D. 26, 1; L. 28 C. 5, 12; L. 3 C. 5, 44) не слѣдуетъ, чтобы при существованіи первой миноръ могъ до XXV лѣтъ освободиться отъ попечительства. Если этотъ спеціальный попечитель былъ назначенъ къ спеціальному имуществу (ad certam rem), то его обязанности по отношенію къ нему ничѣмъ

и не отличались отъ обязанностей curatoris generalis, а слѣдовательно и въ продолжительности. Если-же кураторъ назначался только для извѣстнаго юридическаго акта (ad certam causam), то, конечно, миноръ могъ остаться безъ попечителя, если съ выполненіемъ этого акта онъ оставался внѣ всякой юридической дѣятельности (Duarenus Opera стр. 109), а именно, если онъ не имѣлъ имущества. О фактическомъ состояніи въ теоріи опеки и попечительства, рѣчи быть не можетъ и это въ равной степени относится и къ несовершеннолѣтнимъ и къ минорамъ.

Вотъ вкратцѣ наши положенія. Скажемъ подробнѣе о всѣхъ въ связи съ разрѣшеніемъ главнаго вопроса: могъ-ли миноръ по Своду Юстиніанову находиться внѣ попечительства? Съ одной стороны, противоположеніе Капитолиномъ Конституціи Марка древнему попечительству redditis causis и множество выраженій позднѣйшихъ юристовъ должны были-бы убѣдить въ невозможности отвѣтить утвердительно на данный вопросъ. Для большей ясности приводимъ нѣкоторыя мѣста источниковъ. Такъ напримѣръ Гай (Epit. Lib. 1 t. 8) говоритъ:.. hi, qui minores sunt, usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt; Ульпіанъ (L. 1 § 3 D. 4, 4): Et ideo hodie in hanc aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, *quamvis bene rem suam gerentibus* (срав. съ Ulp. 12 § 4). Послѣднія слова особенно сильны: даже и въ томъ случаѣ не предоставляется имъ administratio rerum suarum до XXV лѣтъ, когда они вполнѣ способны къ тому. Наконецъ, Юстиніанъ говоритъ (pr. I. 1, 23): masculi puberes et feminae viripotentes, *usque ad vicesimum quintum annum completum*, curatores accipiunt: qui licet puberes, adhuc tamen ejus aetatis sunt, *ut sua negotia tueri non possint*, т. е. общимъ правиломъ, безъ всякихъ оговорокъ, принимается опека для миноровъ вообще; причемъ даже указываетъ на ту логическую несообразность, чтобы совершеннолѣтніе не могли сами sua negotia tueri. Далѣе Діонъ Кассій, бытовой писатель временъ Марка, говоритъ, что обыкновенное состояніе минора было—находиться подъ попечительствомъ (τὰ οἰκεῖα μηδενὶ πρὸ ταύτης τῆς ἡλικίας ἐπιτρέπεσθαι (слова Мецената Dion. Cass. L. LII cap. 20). Если ко всему этому вспомнимъ общее выраженіе Капитолина: *omnes adulti* curatores acciperent non redditis causis, то правило готово: всѣ миноры по Юстиніанову своду находились подъ попечительствомъ вплоть до 25 лѣтъ, а потому, слѣдовательно, данный вопросъ разрѣшается отрицательно.

Но признаніе этого правила, какъ фактически достовѣрнаго, затрудняется многими недоразумѣніями въ тѣхъ-же источникахъ. Такъ самое непобѣдимое изъ нихъ это—право признанное за миноромъ получать себѣ попечителя не иначе, какъ по собственному его желанію. Такъ, приведемъ нѣкоторыя выраженія самихъ источниковъ: Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem (§ 2 I. 1, 23); Curatores vero ipsi sibi minores petent (L. 2 § 4 D. 26, 6);... non licere, alium ei petere, sed ipsum sibi petere necesse esse (L. 2 § 5 D. 26, 6); quoniam tamen minoribus annis desiderantibus curatores dari solent (L. 13 § 2 D. 26, 5) и друг. (Theoph. ad § 2 I. 1, 23; L. 43 § 3 D. 3, 3; L. 36 § 1 D. 27, 1; L. 6 C. 5, 31). Отсюда, разумѣется, можетъ быть сдѣланъ такого рода выводъ: не пожелаетъ миноръ попечителя, то и остается безъ него (см. Struvius Syntagm. jur. civ. ч. 2 стр. 515). А слѣдовательно теперь уже данный вопросъ разрѣшается утвердительно.

Множество попытокъ было примирить это противорѣчіе. Такъ одни писатели, разрѣшая вопросъ отрицательно, обвиняли редакторовъ свода въ небрежности, другіе, выходя изъ того-же положенія, считали законъ Марка впослѣдствіе отмѣненнымъ; третьи (Selchow § 580) допускали свободу минора только по отношенію къ выбору того, а не другаго лица себѣ въ попечители, налагая на нихъ необходимость просить себѣ попечителя, какъ скоро желали принять участіе въ управленіи своимъ имуществомъ. Наконецъ, господствующее мнѣніе принимаетъ за фактъ и тѣ и другія выраженія источниковъ; при чемъ примиреніе ищетъ въ косвенномъ принужденіи минора просить себѣ попечителя (см. Савиньи стр. 274 и слѣд.). Такъ, что съ одной стороны за миноромъ признана полная свобода просить или не просить себѣ попечителя, а съ другой стороны онъ обставленъ въ своей дѣеспособности такъ, что вынуждается просить себѣ попечителя. Въ чемъ заключается это косвенное принужденіе—опять таки вопросъ спорный. Но въ результатѣ только то, что всѣ послѣдователи косвеннаго принужденія допускаютъ возможность остаться минору и безъ попечителя, хотя за общее правило принимается противное.

Если мы принимаемъ въ принципѣ, быть можетъ не выраженномъ въ общемъ ясномъ положеніи самихъ римскихъ юристовъ, но проводимомъ de facto, единственно вѣрный отвѣтъ отрицательный, то въ пріемѣ доказательства вполнѣ расходимся со всѣми учеными, занимавшимися этимъ вопросомъ. Всѣ они исходили единственно изъ интерпретаціи источниковъ, изрѣдка только и то мимоходомъ для подкрѣп-

ленія своихъ выводовъ, задаваясь тѣмъ или другимъ практическимъ вопросомъ. Мы-же выходимъ только изъ практики, и, какъ покажутъ выводы, пріемъ этотъ только и можетъ привести къ болѣе или менѣе удовлетворительному результату, такъ какъ съ одной стороны интерпретаціею источниковъ въ силу общихъ ихъ выраженія при явномъ противорѣчіи, едва ли можно въ данномъ случаѣ дѣйствовать такъ сильно на убѣжденіе, какъ доказательствомъ практической невозможности того или другаго положенія.

Общее для опеки и попечительства правило: нѣтъ имущества у пупилла или минора—нѣтъ и опекуна и попечителя (L. 6 C. 5, 31 см. Мейеръ § 14, Lyncker Abhandlung von der Vormundschaftsbestellung § 9 стр. 22). Такъ предположимъ для позднѣйшаго времени такой случай: остается сирота моложе 14 лѣтъ безъ всякаго имущества. На воспитаніе и содержаніе его добровольно вызывается родственникъ, призываемый къ тому и самимъ закономъ въ случаѣ, если бы несовершеннолѣтній имѣлъ имущество (см. Dig. Ubi pupill. educ. et mor. 27, 2). Такъ какъ воспитаніе и содержаніе такого родственника не имѣетъ характера опеки, то спрашивается: назначается ли къ подобному индивиду опекунъ? На основаніи источниковъ рѣшить положительно этого нельзя, но по общимъ логическимъ разсужденіямъ отвѣтъ долженъ быть отрицательный (противное думаютъ Heimsoeth de usufr. acer. стр. 29 п. 6.; Thibaut I § 515, Глюкъ 30 стр. 207, Савиньи стр. 284; Рудорфъ I стр. 304; Вангеровъ 1 § 264 и др. Несостоятельность этого воззрѣнія будетъ доказана впослѣдствіи). Опекунъ назначается для administratio bonorum и auctoritatis interpositio (Ulp. XI § 25). Первое за неимѣніемъ имущества у пупилла немыслимо, а второе наступаетъ уже въ предположеніи перваго; иначе бы опека была бы сведена къ простому поручительству, чего ужь сказать никакъ нельзя (впрочемъ въ литературѣ высказывалось и такое воззрѣніе, напр. см. Cujacius въ Comm. in. libr. IV Responsor. Papin. ad L. 26 D. 26, 2: nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli intercessio est).—Тоже правило и для попечительства (см. Otto Comm. ad Instit. Стр. 135). Тутъ мы разсмотримъ минора во всѣхъ возможныхъ положеніяхъ. А) Миноръ имѣетъ имущество. Тутъ снова раздѣляемъ а) миноръ, ставшій сиротою еще пупилломъ и б) миноръ, ставшій сиротою въ возрастѣ совершеннолѣтія.—а) Въ первомъ примѣрѣ опекунъ обязанъ напоминать пупиллу по достиженіи имъ совершеннолѣтія просить себѣ попечителя для полученія отчетности по управленію опекунскому (L. 5 § 5 D. 26, 7). Выходя изъ интересовъ какъ

опекуна, такъ и самаго опекаемаго, было такъ нормально сейчасъ же по достиженіи совершеннолѣтія просить себѣ попечителя, что даже въ рескриптѣ Марка и Коммода высказано какъ общее правило, что officcium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipit.... (L. 33 § 1 D. (26, 7). Впрочемъ этотъ примѣръ попечительства принимается всѣми писателями за одинъ изъ случаевъ такъ называемой curae necessariae, такъ что если миноръ непослушаетъ напоминанія опекуна, то этотъ имѣетъ право даже самъ просить о назначеніи попечителя (L. 1 § 3, 4 D. 26, 7; L. 2C. 3, 6; L. 1, 7 C. 5, 31; L. 11 C. 5, 34; L. 2 C. 5, 43) [1]).

б) Миноръ сталъ сиротою уже въ возрастѣ совершеннолѣтія. Этотъ случай обыкновенно приводится писателями теоріи косвеннаго принужденія въ доказательство того, что миноръ можетъ и остаться безъ попечителя (Глюкъ cit., Савиньи стр. 284; Вальтеръ 2 стр. 164; Le-Fort стр. 41; Вангеровъ 1 § 291 прим. 1; Мюллеръ Instit. стр. 683 прим. 24 и др.). Посмотримъ на сколько это положеніе вѣрно. Самый обыкновенный способъ пріобрѣтенія въ данномъ случаѣ имущества, какъ наличнаго, такъ и долговаго, есть наслѣдство, а вступленіе въ наслѣдство предполагаетъ опять таки согласіе попечителя. А что пріобрѣтеніе имущества и другимъ способомъ было непремѣнно поводомъ къ назначенію попечительства, убѣждаетъ насъ слѣдующее разсужденіе. Ни одинъ юридическій актъ минора не имѣлъ полной силы, если совершеніе его лишено соучастія попечителя. Имущественная сторона брака устанавливалась не иначе, какъ cum consensu curatoris, всѣ обязательственныя сдѣлки, какъ имущественныя, точно также или были ничтожны или расторжимы однимъ фактомъ minoritatis, слѣдовательно признавались только фактически; не меньшее имѣлъ значеніе и процессъ минора (см. ниже). А всѣ эти отдѣльные акты покрывала in integrum restitutio propter minorem aetatem, на которую одну достаточно было-бы указать, чтобы рѣ-

[1]) Бринцъ (Pandekt. Стр. 1370) полагаетъ, что попечительство въ данномъ случаѣ назначается только къ отчетности опекуна, послѣ чего миноръ можетъ остаться безъ попечителя. Но такъ какъ положеніе это ни на чемъ неосновано, то мы держимся того взгляда, что попечитель этотъ останется вплоть до достиженія миноромъ 25 лѣтъ (Рудорфъ 1 стр. 107; L. 1 § 3; L. 2 D. 4, 4.). Дѣйствительно, одинъ уже рескриптъ Александра не можетъ, кажется, оставить никакого сомнѣнія въ томъ, что Бринцъ глубоко ошибается: si curatores tutoribus adjuncti sunt pubertate pupilli tam tutorum quam curatorum adjunctorum officium finiri, *ideoque alios propter actatis infirmitatem curatores esse dandos, manifestissimum est* (L. 1 C. 5, 60). Комментарій не требуется.

шить: согласится ли благоразумный человѣкъ на какой-нибудь юридическій актъ съ миноромъ (Admone adolescentem, ut curatores sibi dari postulet cum quibus *secundum juris formam consistas* L. 1 C. 5, 31. L. 7 § 2, D. 8; 4, 4). И такъ дѣеспособности въ юридическомъ смыслѣ подобные миноры не имѣли и при первомъ случаѣ, въ которомъ потребовалось выраженіе этой дѣеспособности, установилось-бы cura perpetua.

Нѣкоторые писатели (напр. см. Müller Instit. стр. 683 прим. 24) приводятъ еще одинъ примѣръ минора безъ попечителя, а именно, когда curator perpetuus умираетъ до достиженія миноромъ 25 лѣтъ. Но помимо уже того, что это исключеніе—одно только предположеніе, не имѣющее за собою ни одного намека въ источникахъ, оно не выдерживаетъ даже самаго простаго разсужденія. Если смерть попечителя ведетъ къ освобожденію отъ дальнѣйшаго попечительства, то слѣдуетъ необходимо освободить всѣхъ миноровъ, ставшихъ сиротами уже совершеннолѣтними, такъ какъ въ такомъ случаѣ попечительство не можетъ быть разсматриваемо какъ нѣчто необходимое для лицъ извѣстнаго возраста, а напротивъ, какъ нѣчто совершенно излишнее, обусловленное продолжительностью жизни попечителя, а не нуждами минора. Дѣйствительно, противъ даннаго исключенія не только это чисто логическое разсужденіе, но и всѣ фактическія свидѣтельства источниковъ. Такъ отчетность по управленію его имуществомъ миноръ можетъ принять только при соучастіи попечителя. Бывшій опекунъ вполнѣ освобождается отъ всякой отвѣтственности только при этомъ соучастіи (L. 5 § 5 D. 26, 7). Тоже самое говорятъ источники о должникѣ (L. 7 § 2 D. 4, 4). Но такъ какъ попечитель не единственно отвѣтственное лицо за свои дѣйствія, то въ случаѣ его смерти остаются отвѣтственными его наслѣдники и ужъ непремѣнно поручители. Безъ поручительства не можетъ быть и попечительства (L. 2 C. 5, 42). Поэтому, въ виду отвѣтственности этихъ лицъ со смертью попечителя поступаетъ законный, а слѣдовательно необходимый, поводъ назначенія другаго попечителя (см. L. 32 D. 26 7). Слѣдовательно приводимые примѣры логически и фактически невѣроятны, а потому и не идутъ въ подтвержденіе желаемаго положенія.

б) Minor не имѣетъ имущества. Въ данномъ случаѣ дѣйствуютъ тѣже правила, что и для неимущаго пупилла. Пока нѣтъ рѣчи о юридической дѣятельности минора, не можетъ быть рѣчи и о какомъ либо попечительствѣ. Состояніе подобное, какъ чисто фактичес-

ское, не можетъ быть разсматриваемо въ наукѣ права, а потому не можетъ имѣть значенія въ разрѣшеніи даннаго вопроса. Но вотъ у минора проявилась охота совершать юридическіе акты. Всѣ же акты по отношенію къ минору могутъ быть по своимъ предположеніямъ и послѣдствіямъ раздѣлены: на прибыльные и неприбыльные. Прибыльные акты миноръ, какъ и пупиллъ, можетъ совершать безъ соучастія попечителя, точно такъ и въ сдѣлкахъ двусторонних пріобрѣтать одну прибыль, обязуя въ исполненіи своего контрагента Но вѣдь сила этихъ актовъ разсматривалась по отношенію къ минору чисто съ фактической точки зрѣнія. Такъ не требовалось соучастія попечителя при совершеніи подобныхъ актовъ не изъ того мотива, что миноръ тутъ непремѣнно проявлялъ въ полной силѣ тѣ душевныя качества, которыхъ не доставало ему при совершеніи другихъ актовъ, а потому мотиву, что законъ не имѣетъ задачею стѣснять ни кого въ стремленіи улучшать свое положеніе, будетъ ли это стремленіе выражаться въ поступкахъ безъ всякаго юридическаго характера или съ извѣстною его долею— всё равно. Актъ такой по отношенію къ минору разсматривается только со стороны факта прибыли, а будетъ другой контрагентъ, то уже со стороны его обязательства актъ будетъ имѣть и юридическій характеръ. Всего яснѣе такое значеніе прибыльнаго акта видно въ двусторонней сдѣлкѣ контрагентами которой два минара. Актъ недѣйствителенъ [1]). Слѣдовательно и данный случай не можетъ быть

[1]) Ulp L. 11 § 6 D. 4, 4. Нѣкоторые писатели (напр. Leyser Meditation. vol. 5 стр. 529 и 632; Schulting и много друг.) понимаютъ этотъ фрагментъ въ связи съ общимъ правиломъ: privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio,—такъ что выходитъ, будто миноръ можетъ заключать съ полной силой всѣ обязательственныя сдѣлки, если только контрагентомъ его будетъ миноръ же. Мнѣ кажется, что смыслъ цитированнаго фрагментасовершенно иной: quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, non restituendum. Puto autem inspiciendum a Praetore quis captus sit: proinde si amb o capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium ejus, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. Слѣдуетъ ли изъ словъ Помпонія, чтобы сдѣлка была юридически дѣйствительна? Нѣтъ, потому что миноръ должникъ подвергся-бы взысканію. Если же актъ ничтоженъ, то почему же отвергается и средство уничтожить послѣдствія этого ничтожнаго акта? На этотъ вопросъ даетъ намъ отвѣтъ Павелъ: Si minor vigintiquinque annis filiafamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litiscontestatae tempore is qui accepit (L. 34 pr. D. 4, 4 срав. съ L. 9 pr. D. 22, 6 и L. 11 § 7 D. 4, 4), т. е. иначе сказать, только тѣ обязательственные акты, совершенные миноромъ безъ соучастія попечителя, какъ пупилломъ безъ

приводимъ въ доказательства того, чтобы юридически миноръ могъ существовать безъ попечителя. При совершеніи актовъ неприбыльныхъ, т. е. такихъ, которыми налагается на контрагентовъ какія либо обязательства, миноръ не могъ не привлечь куратора, который и остался бы при немъ до 25 лѣтъ (см. Struvius стр. 515), если бы случай совершенія подобнаго акта миноромъ не имущимъ былъ бы возможенъ. Дѣйствительно, посмотримъ возможенъ ли подобный случай? Всякій гражданскій актъ, совершенный съ соблюденіемъ всѣхъ требуемыхъ законныхъ формъ, обставляли извѣстными принудительными средствами въ случаѣ нежеланія добровольнаго его выполненія. Спрашивается теперь: какимъ образомъ можетъ быть миноръ вынужденъ къ соблюденію выговореннаго въ актѣ? Въ актахъ, совершенныхъ безъ попечителя, онъ, противъ всякаго законнаго принужденія, имѣетъ законное же средство защиты—in integrum restitutio, которымъ, конечно, и воспользуется по своему желанію. Если-же актъ совершенъ при соучастіи попечителя, то, при неимѣніи миноромъ никакого имущества, попечительство должно имѣть характеръ поручительства, что ужъ совсѣмъ не вяжется съ назначеніемъ института опеки и попечительства (L. 26 in fin. C. 5,37). И такъ миноръ не имущій не имѣетъ попечительства [1]) и стоитъ

соучастіе опекуна, имѣютъ силу, которыя исключительно ведутъ къ прибыли, размѣромъ этой прибыли опредѣляется и отвѣтственность минора (in quantum locupletior fit). А такъ какъ деньги, полученныя миноромъ, не сдѣлали его locupletior, то по общему правилу онъ и не отвѣчаетъ за нихъ. Мы говоримъ теперь о томъ: имѣетъ ли право миноръ и съ какою силою обязываться безъ соучастія попечителя? Источники ясно разрѣшили этотъ вопросъ на примѣрѣ обязательства двухъ миноровъ. Отвѣтъ слѣдовательно будетъ: миноръ безъ соучастія попечителя не можетъ обязываться, кто бы ни былъ его контрагентомъ.

[1]) Это положеніе и выражается L. 6 C. 5, 31:..... cum puberes minores annis XXV ipsi sibi curatores, *si res eorum exigit*, petere debeant. Савиньи (стр. 283) понимаетъ курсивомъ напечатанныя слова такъ, что если миноръ имѣетъ незначительное имущество, то можетъ остаться и безъ попечителя. Но такое пониманіе цитированной конституціи 1) необходимо не вытекаетъ изъ переводнаго смысла этихъ словъ, 2) противорѣчитъ при слишкомъобщемъ смыслѣ выраженія, хотя бы тѣмъ случаямъ, когда попечительство необходимо должно быть назначено. Такъ, незначительность имущества не исключаетъ необходимости опеки (§ 4 J. 1, 20) и таже незначительность не исключаетъ необходимости отчета опекунскаго, а дать отчетъ иначе и нельзя было, какъ при соучастіи попечителя. Наконецъ, интерпретація Савиньи противорѣчитъ ясному смыслу конституціи Юстиніана (L. 30 C. 1, 4), разрѣшившаго назначеніе опекуновъ и *попечителей* къ лицамъ съ небольшимъ достаткомъ civitatis defensoribus и т. д. И такъ не вѣрнѣе ли будетъ понять слова «si res eorum exigit» буквально, т. е. «если представится къ тому надобность» (замѣтьте: слово res употребл. въ единствен-

повторилъ, какъ несомнѣнное положеніе римскаго права, что similis sit conditio minorum omnium, sive petita sit sive non, aetatis venia, по отношенію къ праву ихъ на всѣ акты отчужденія или такіе акты, которые могутъ вести къ отчужденію (залогъ). Юстиніанъ говоритъ, что юридическая сила подобныхъ актовъ зависѣла отъ соучастія при совершеніи ихъ властей чрезъ дозволительную на нихъ грамоту (decretum L. 3 C. 2, 44; L. 3 C. 5, 74. См. еще L. 4, 8 C. 5, 71; Frag. Vatic. § 29 3). Слѣдовательно, о правѣ минора на продажу во второй части L. 3 C. cit. не могло быть никоимъ образомъ и рѣчи (см. рескриптъ тѣхъ же Діоклетіана и Максиміана L. 2 C. 2, 29 срав. съ L. 22 C. 5, 37 и Nov. 115 cap. 3 § 13). Итакъ на основаніи L. 3 C. cit. мы не имѣемъ права согласиться съ господствующимъ мнѣніемъ о томъ, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ имущій миноръ могъ оставаться безъ попечителя.

Также мало противорѣчитъ нашей мысли и другой фрагментъ L. 7 § 2 D. 4, 4. Если должникъ желаетъ произвести уплату долга минору, то ei permittitur compellere adolescentem ad petendos sibi curatores. Quid tamen, si praetor decernat solvendam pecuniam minori sine curatoribus, et solverit? an possit esse securus, dubitari potest. Puto autem, si allegans minorem esse, compulsus sit ad solutionem, nihil ei imputandum, nisi forte quasi adversus injuriam appellandum quis ei putet. Sed credo, Praetorem hunc minorem in integrum restitui volentem non esse. Смысль, кажется, ясенъ. Если уплата будетъ произведена минору безъ соучастія попечителя, даже по разрѣшенію претора, то все таки должникъ этотъ не освобождается отъ возможности со стороны минора реституировать эту уплату, такъ какъ въ реституціи преторъ отказываетъ только такому минору, который скрываетъ свой возрастъ. Слѣдовательно, во всякомъ случаѣ, когда рѣчь идетъ объ имущественныхъ пріобрѣтеніяхъ, то всегда, въ интересѣ самаго контрагента, минору необходимо имѣть попечителя, а слѣдовательно слова, предшествующія цитированнымъ, на которыхъ главнымъ образомъ опиралось то воззрѣніе, что миноръ могъ быть и безъ попечителя, а именно: curatoribus solvi si sunpt... (*Huber* Praelect. стр. 73), должны имѣть не тотъ смыслъ, будто должникъ можетъ имѣть кредитора минора, находящагося не подъ попечительствомъ, а только тотъ, что въ случаѣ, если бы имущій миноръ былъ безъ попечителя. А что этого случая не могло быть, доказывается тѣмъ, что дѣйствительно въ каждомъ случаѣ совершенія юридичес-

каго акта миноръ обязывался общимъ правиломъ просить себѣ попечителя, какъ говоритъ императоръ Александръ Северъ въ своемъ рескриптѣ, каждое слово котораго имѣетъ для насъ значеніе, а потому приведемъ его цѣликомъ: Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed et observare ne quid secus quam oportet, in re filii pupilli agatur. Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est, quum puberes minores anno vicesimo quinto ipsi sibi curatores, *si res eorum exigit, petere debeant* (L. 6 C. 5, 31). Какъ мать обязывается просить назначить сыну опекуна, такъ и миноръ проситъ себѣ попечителя, когда ему необходимо соучастіе послѣдняго. А такъ какъ всякій юридическій актъ, неприносящій минору исключительно одну прибыль, будетъ поводомъ къ этой petitio, то со стороны юридической дѣятельности по закону миноръ не мыслимъ безъ попечителя. А такъ какъ въ L. 7 § 2 D. cit. рѣчь шла о solutio по обязательствамъ отца или самого минора (proprio debitore), то, слѣдовательно, нельзя было говорить о немъ, какъ о свободномъ отъ попечительства, такъ какъ съ полной силой обязательства (конечно, тутъ рѣчь идетъ о двусторонних сдѣлкахъ) миноръ могъ заключать только при соучастіи попечителя.

Интерпретируя цитированный L. 7 § 2 D. 4, 4 въ пользу нашего положенія, мы хотимъ только сказать, какъ должно понимать, въ связи съ положеніями позднѣйшаго римскаго права, фрагментъ, помѣщенный въ Сводѣ дѣйствующихъ законовъ, такъ какъ собственно для вопроса о попечительствѣ послѣ закона Марка Аврелія цитированный фрагментъ, равно какъ и весь почти четвертый титулъ четвертой книги Дагестъ, не имѣетъ никакого значенія. Никто изъ писателей не обращалъ на то вниманія, что весь почти этотъ титулъ состоитъ изъ положеній преторскаго эдикта (кромѣ того находятся фрагменты и раньше жившихъ юристовъ, напримѣръ Сцеволы), составленнаго при Адріанѣ изъ положеній, по всей вѣроятности установившихся даже за долго до Адріана. Послѣднее заключеніе мы въ правѣ сдѣлать во первыхъ потому, что при составленіи вообще преторскихъ эдиктовъ входили какъ новыя положенія (edicta nova *Cic.* in Verr. 1, 44, 45; 2, 3; ad famil. 3, 8; ad Att. 5, 21; Gell.—3, 18), такъ и положенія эдикта предшественника (edicta tralatitia Auct. ad Herenn. 2 13). Этимъ только объясняется, какъ наконецъ, эдиктъ мало по малу обнялъ всѣ институты права, пока подъ редакціею Юліяна не принялъ вида болѣе или менѣе систематическаго Свода дѣйствующихъ за-

коновъ [1]); а во вторыхъ мы въ правѣ были сдѣлать это заключеніе, судя по исторіи составленія Свода Юстиніана, образцомъ котораго служитъ эдиктъ Юліяна (Imitatio edicti perpetui L. 1 § 5 C. 1, 17). Въ частности для интерпретированнаго фрагмента мы можемъ утверждать его древнѣйшее происхожденіе уже потому, что in integrum restitutio proptem minorem aetatem было произведеніемъ преторской юрисдикціи (L. 1 § 1 D. 4, 4) за долго до того времени (См. *Burchardi* Wiedereinsetzung i. d. v. St. стр. 209—215), когда Маркомъ постановлено было находиться всѣмъ минорамъ подъ попечительствомъ; поэтому не удивительно, если бы въ эдиктѣ встрѣчалось что нибудь и не согласное съ содержаніемъ этого положенія, какъ неудивительно и то, что коментарій Ульніяна къ этому эдикту могъ появиться въ Сводѣ Юстиніяна, такъ какъ это было бы не единственное въ немъ противорѣчіе. весьма понятное, если только усумниться въ такой простой вещи: можно ли создать что нибудь строго систематическое простыми выборками изъ твореній юристовъ, жившихъ въ различныя эпохи.

И такъ, въ силу нашего разсужденія, весь почти четвертый титулъ четвертой книги Дигестъ оказывается неспособнымъ служить свидѣтельствомъ по вопросу о томъ: возможенъ ли былъ послѣ закона Марка случай имущаго минора безъ попечителя?

Даже допуская въ частности интерпретацію (L. 7 § 2 D. cit.) не въ пользу нашего положенія, мы можемъ вовсе его игнорировать, такъ какъ вопросъ о правильной уплатѣ долговъ минора разрѣшается окончательно Рескриптомъ Юстиніана (L. 25 C. 5, 37). Содержаніе этого Рескрипта относится какъ къ уплатѣ долговъ минора, такъ и пупилла; пупиллъ же, мы знаемъ, немыслимъ безъ опекуна (См. также § 2 I. 2, 8), слѣдовательно, уплату долга минору по законамъ, изданнымъ послѣ Конституціи Марка, мы можемъ себѣ представить только тогда, когда этотъ послѣдній имѣетъ попечителя. Слѣдовательно, какъ ни поставимъ вопросъ L. 7 § 2 D. cit. не можетъ служить доказательствомъ противнаго нашему общему положенію.

И такъ, въ результатѣ ни одно выраженіе источниковъ прямо не противорѣчитъ нашему положенію.

Въ третьихъ, остается обратиться къ тѣмъ косвеннымъ выводамъ изъ совершенно ясныхъ положеній источниковъ, которые опять

[1]) О полномочія Юліяна при составленіи (*composito*) свода источники говорятъ только опразѣ дополнять пробѣлы см. L. 2 § 18 C. 1, 17 срав. съ L. 3 D. 37, 8; L. 1 D. 4, 2; L. 4 D. 43, 19. L. 6§ 1, 2 D. 29, 4.

говорятъ очевидно не въ нашу пользу. Такъ, какъ объяснить раздѣленіе попечительства на попечительство спеціальное (c. specialis) и общее (c. generalis) [1]), раздѣленіе, почерпнутое изъ ясныхъ выраженій самихъ источниковъ, напр. (L. 23, 3; L. 15 D. 26. 5; § 2 I. 1, 23; L. 28 C. 5, 12. L. 3 C. 5, 44). Если внимательно прочесть приводимыя ссылки, то увидимъ, что изъ чтенія ихъ никоимъ обра-

---

[1]) Противоположеніе этихъ двухъ видовъ попечительства я понимаю въ буквальномъ смыслѣ, а именно такъ, что cura generalis обнимаетъ все имущество минора, которое принадлежитъ ему или будетъ имъ пріобрѣтено во время попечительства. Cura же specialis обнимаетъ только извѣстную часть этого имущества. Нѣкоторые писатели (напр. Савиньи Schut. стр. 285 и 286, а за нимъ и Heimbach Rechtslex. v. Weiske 3 стр. 214 и 215) слово generalis понимаютъ относительно, т. е. не представляютъ administrationi curatoris generalis того имущества, котораго при вступленіи его въ отправленіе попечительскихъ обязанностей миноръ еще не имѣлъ, но впослѣдствіи пріобрѣлъ какимъ нибудь образомъ. Положеніе это мало того, что не имѣетъ за себя ни малѣйшаго намека источниковъ, почему уже оказывается невѣрнымъ фактически, но оно еще противорѣчитъ и юридической логикѣ. Дѣйствительно, фактически оно не можетъ быть достовѣрнымъ уже потому, что всѣ виды позднѣйшаго попечительства назначались исключительно propter aetatem; всѣ остальныя качества минора въ общемъ игнорировались (L. 3 § 1 D. 26, 1); поэтому необходимо принять, что всѣ они ничѣмъ не отличались по объему предоставляемыхъ ими въ распоряженіе имуществъ. Послѣ же этого было бы странно утверждать, что безумный миноръ самъ администрировалъ имущество, получаемое имъ, положимъ, въ наслѣдство; пока не выйдетъ распоряженіе о пріобщеніи и его къ подчиненному администраціи попечителю. Невѣрно разсматриваемое положеніе и съ логической стороны. Если ограничивать administratio curatoris имуществомъ, ввѣреннымъ ему преторомъ и существовавшимъ во время вступленія попечителя въ отправленіе его обязанностей, то логически необходимо освобождать отъ administratio попечителя не только имущество, пріобрѣтенное лично миноромъ, но и имущество, вновь пріобрѣтенное попечительствомъ на средства ввѣреннаго ему, по мѣрѣ пріобрѣтенія. Этихъ послѣдствій необходимыхъ, юридически-логическихъ Савиньи не хочетъ допустить; не допустить же ихъ, значитъ открыть въ бездоказательныхъ положеніяхъ такой произволъ, который оправдалъ бы исключеніе и послѣдствій Савиньи, а тѣмъ бы, слѣдовательно, оставилъ его положеніе вовсе безъ содержанія.—Дѣйствительно, помимо сказаннаго, мы имѣемъ полное право оставить безъ вниманія оговорку Савиньи на основаніи уже его собственныхъ словъ и выводовъ изъ нихъ по источникамъ. Савиньи (Schutz стр. 285) не видитъ различія между опекою и попечительствомъ по administratio *bonorum*. Словомъ же «bona» римскіе юристы обозначали все имущество и при этомъ не только настоящее, но и bona postea quaesita (L. 1 pr. D. 20, 1; L. 208 D. 50, 16 см. Brissonius de verb. significat. voc. Interdicere). — Оправдать Савиньи можно развѣ ужь тѣмъ, что онъ нѣсколько поздно замѣтилъ (разсмотрѣнное положеніе было внесено, какъ добавленіе, въ позднѣйшей перепечаткѣ монографіи) явное противорѣчіе источниковъ съ его взглядомъ на cura minorum, а потому, чтобы устоять на немъ, необходимо было прибѣгнуть и къ натяжкамъ.

зомъ нельзя вывести, чтобы подобный curator specialis (ad species datus L. 8 D. 46, 6) назначался къ минору, свободному отъ попечительства. Такъ, можно ли сдѣлать выводъ, что спеціальный попечитель назначается къ минору sine curatore, изъ подобнаго напр. положенія: ... curator... et ad certam causam dari potest (§ 2 I. 1, 23). Въ томъ же родѣ выражаются и всѣ прочіе фрагменты. Дѣйствительно, что спеціальный попечитель назначался къ минору, находящемуся уже подъ попечительствомъ, всего яснѣе слѣдуетъ изъ примѣра попечительства надъ женщиной. Никто не станетъ утверждать, что mulier minor viginti quinque annis могла быть свободною отъ попечительства даже по позднѣйшему римскому праву (pr. I. 1, 23), а все-таки и она могла получать curatorem specialem (L. 28 C. 5, 12; L. 61 D. 23, 3 срав. съ Frag. Vat. § 110). Что назначеніе спеціальнаго попечителя не исключало существованія curatoris perpetui, положительно доказывается, во-первыхъ, такимъ общимъ правиломъ, какъ curatorem habenti, quoniam alius curator detur regula juris non est impedimento (L. 20 § 1 D. 26, 5); а во-вторыхъ, частными примѣрами, такъ напр. назначить приданое могъ curator perpetuus (L. 60 D. 23, 3; L. 52 D. 26, 7; L. 9 C. 5, 37), или же только ad dotem constituendam могъ быть назначенъ къ минору, уже находящемуся подъ попечительствомъ, спеціальный попечитель (L. 61 D. 23, 3; L. 28 C. 5, 12). Тоже самое можно сказать и о попечительствѣ ad litem (L. 1—3 C. 3, 6; L. 11 C. 5, 44 [1]). Далѣе, кто станетъ утверждать, что имущій пупиллъ могъ быть свободнымъ отъ опеки, а между тѣмъ въ источникахъ мы находимъ опекуна ad certam causam (напр. L. 15 D. 26, 2; L. 100 D. 46, 3; L. 3 C. 5, 44), и притомъ даже иногда въ одномъ и томъ же положеніи съ попечителемъ ad certam causam (L. 3 C. 5, 44). Наконецъ, мы имѣемъ ясное постановленіе Валентиніана, Граціана и Ѳеодосія, что назначеніе спеціальнаго попечителя не освобождаетъ отъ обязанностей curatoris gene-

[1]) Особенно сильно держатся ученые противнаго намъ взгляда интерпретаціи этихъ двухъ ссылокъ. Но вопервыхъ изъ чтенія ихъ нельзя сдѣлать того заключенія, что тамъ говорится о миноpахъ sine curatore, а такъ какъ множество свидѣтельствъ источниковъ, даже въ тѣхъ же титулахъ, говорятъ за то, что curator ad litem назначается и тогда, когда уже индивидъ, будь онъ пупиллъ или миноръ, уже находятся подъ опекунской или попечительской охраной (см. напр. 3 J. 1. 23 послѣ § 2 J. eod.; L. 9 § 4 D. 27, 3; L. 28 § 1, C. 5, 37; L. 1, 2, 5 C. 5, 44), то, разумѣется, скорѣе и данные фрагменты будутъ за наше предположеніе чѣмъ за предположеніе чрезвычайное, изъ буквальнаго смысла не вытекающее.

ralis: curator adolescenti ordinatus, post inhoatam litem non potest sub praetextu specialis curatoris a se nominati—ab adminastratione se subtrahere (L. 12 C. 5, 34 срав. съ L. 6 D. 27, 2). Въ результатѣ всего сказаннаго мы полагаемъ, что попечители ad certam causam, какъ въ позднѣйшее время и опекуны ad certam causam, назначались въ извѣстныхъ случаяхъ лицамъ, уже состоящимъ подъ опекою или попечительствомъ, а слѣдовательно этимъ назначеніемъ не нарушалось наше положеніе,что послѣ Марка Аврелія всякій имущій миноръ до 25 лѣтъ находился подъ попечительствомъ. Приводимый иногда (см. напр. Zimmern Geschichte d. röm. Privatr. § 237) L. 43 § 3 D. 3, 3 не говоритъ рѣшительно ни малѣйшимъ намекомъ на противное, такъ какъ въ немъ рѣчь идетъ только объ условіяхъ petitionis curatoris чрезъ третьихъ лицъ.

И такъ, въ общемъ результатѣ выходитъ, что по Юстиніанову Своду всѣ миноры имущіе обязаны были состоять подъ попечительствомъ (см. Duarenus opera стр. 109; Noodt comm. ad Pand. стр. 173; Westenberg principia jur. стр. 443 § 7; Dirksen Civilist. Abhandlung. 2 стр. 191; Demangeat I стр. 401 и др.), такъ какъ противное мнѣніе (см. Савиньи cit, Bachofen Ausgew. Lehr стр. 151 и вообще всѣ новѣйшіе писатели), кромѣ того, что не можетъ быть подтверждено источниками, даже невозможно оправдать на практическихъ примѣрахъ.

Уже то положеніе Севера, по которому administratio bonorum могло принадлежать самимъ минорамъ только по высочайшему разрѣшенію (L. 3 pr. D. 4, 4. Приэтомъ Ульпіянъ говоритъ отъ себя: ipsi (т. е. императоры) autem perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt), должно было бы убѣдить писателей противнаго намъ воззрѣнія. Всякая попытка дать такое объясненіе закону, которымъ бы устранялось противорѣчіе съ господствующимъ мнѣніемъ, была бы одною только натяжкою, надъ которой поэтому не слѣдуетъ и останавливаться. Лучшимъ комментаріемъ къ этому закону можетъ служить Новелла Льва (Nov. Leon. 28), который право свободнаго распоряженія имуществомъ, предоставленнаго минору прежде съ извѣстнаго возраста въ силу т. н. venia aetatis (L. 2 pr. § 1 C. 2, 45), поставилъ въ зависимость единственно отъ умственной зрѣлости индивида, или иначе, отъ усмотрѣнія властей. Послѣ этого едва ли логично будетъ допустить, чтобы безъ особаго разрѣшенія могъ какой либо миноръ быть допущенъ къ управленію собственнымъ имуществомъ, или иначе, быть безъ попечителя.

Далѣе, вѣрнымъ доказательствомъ того, что непремѣнно каждый minor vegintiquinque annis, конечно, имущій по Своду Юстиніанову не мыслимъ былъ безъ попечителя, служитъ то обстоятельство (никто изъ писателей не обратилъ на него должнаго вниманія), что попечительство надъ лицами съ извѣстными душевными немощами назначалось не въ силу этихъ немощей, а исключительно въ силу одного возраста, который имѣлъ данный индивидъ. Такъ, по конституціи Антонина Каракалы, которою впрочемъ не было создано новое начало, а только обыкновенное воззрѣніе юридической практики возведено было въ законъ (см. Schrader Comm. ad § 3 L. 1, 23),— выходитъ... etsi minor vigintiquinque annis furiosus sit, curatorem ei *non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum* (L. 3 § 1 D. 26. 1; pr. I. 1, 23: ejus aetatis, ut sua negotia tueri non possint). Этимъ высказывалось положеніе, что всѣ миноры нуждались въ помощи другихъ лицъ. Дѣйствительно, въ позднѣйшемъ римскомъ законодательствѣ на лицъ возраста моложе 25 лѣтъ смотрѣли, по отношенію къ душевнымъ качествамъ, немногимъ лучше, чѣмъ на слабоумныхъ: ...fragile esse et infirmum hujus modi aetatum consilium et multis captionibus suppositum etc. (L. 1 pr. D. 4, 4). Слѣдовательно, только тѣ furiosi и prodigi, какъ такіе, могли подпасть подъ попечительство, которые уже вышли изъ возраста minorum XXV annis. Дѣйствительно, въ позднѣйшихъ источникахъ нѣтъ ни одного намека, что бы миноры подпадали подъ попечительство propter furorem или prodigalitatem. Но если допустить, что миноры и послѣ закона Марка могли оставаться безъ попечителей, то, спрашивается, какое основаніе могло быть подчиненію ихъ попечительству въ случаѣ безумія и особенно расточительности? Возрастъ, propter minorem aetatem. Если же достаточно этого одного основанія для наложенія попечительства, то, въ силу общности этого основанія для всѣхъ миноровъ, всѣ они должны были находиться sub cura.

Мало того, за наше положеніе и другія положительныя данныя, на которыя до сихъ поръ въ литературѣ не обращали никакого вниманія, а именно византійскіе источники. Такъ, не говоря уже о такомъ оригинальномъ сводѣ, какимъ была Эклога Льва Исаврянина и Константина Копронима, отождествлявшемъ вполнѣ опеку съ попечительствомъ (Tit. 19 (ed. Leunclavii въ его Jus. Graeco-Romanum), за это положеніе и всѣ компиляціи римскаго права. Такъ особенно намъ важенъ одинъ титулъ, 5-тый, изъ Synopsis Attaliatae (изд. Leunclavii),

въ которомъ во-первыхъ положительно говорится, что всѣ миноры до 25 лѣтъ находятся подъ попечительствомъ и сейчасъ же во вторыхъ, что всѣ договоры ихъ въ случаѣ circumscriptionis подлежатъ in integrum restitutionis. Между договорами на первомъ мѣстѣ поставленъ договоръ купли-продажи, а такъ какъ изъ L. 3 C. 2, 22 мы знаемъ, что договоръ продажи минора безъ соучастія попечителя ничтоженъ, то, слѣдовательно, всѣ случаи restitutionis мыслимы только тогда, когда миноръ вступилъ въ обязательство при соучастіи попечителя, а потому, на оборотъ, миноръ необходимо долженъ былъ состоять подъ попечительствомъ.

Далѣе, мы замѣчаемъ, что всѣ выраженія источниковъ, ясно говорящіе за наше положеніе, всѣ относятся ко времени близкому къ царствованію Марка (См. напр. Ulp, 12 § 4; Gaj. Epit. 1, 8; L. 1 § 3 D. 4, 4), а потому, кажется, не ошибемся, если скажемъ, что цитированныя выше слова Капитолина должны были выражать положеніе о всеобщемъ и непремѣнномъ нахожденіи всѣхъ имущихъ миноровъ подъ попечительствомъ. Это въ сильной степени подтверждается и тѣмъ, что Марку принадлежитъ множество и другихъ положеній въ ученіи объ опекѣ и попечительствѣ, положеній уже достовѣрно намъ извѣстныхъ. Такъ онъ первый утвердилъ общимъ правиломъ положеніе, что опека прекращается только съ назначеніемъ попечительства (L. 33 § 1 D. 26, 7); онъ же первый отдѣлилъ опекунское вѣдомство (jurisdicio tutelaris) учрежденіемъ praetores tutelares (Capitolin. cap. 11; L. 6 § 13 D. 27, 1; Frag. Vatic. § 173, 232), опредѣлилъ общими правилами отвѣтственность за ущербъ отъ промедленія въ принятіи опеки или попечительства (L. 1 § 1 D. 26, 7; Frag. Vat. § 156; см. Рудорфъ 2 Стр. 8, 9), установилъ сроки и нѣкоторыя новыя условія отказовъ excusationes (L. 46 § 2 D. 27, 1; Fr. Vatic. § 203, 204, 244), равно какъ и производство по нимъ (Frag. Vatic. §§ 155, 156) и множество другихъ болѣе или менѣе важныхъ положеній по этому институту (см. еще напр. Frag. Vat. § 228; L. 1 C. 5, 51 и др.) [1]).

---

[1]) Нѣкоторые писатели (за другими и Виндшейдъ Pandecten. § 432 not. 7) противополагаютъ содержаніе legis Plaetoriae содержанію закона Марка въ томъ смыслѣ, что первымъ введено было попечительство на отдѣльные случаи, а вторымъ только для полной administratio. Какъ ни темно выраженіе Капитолина, но оно не даетъ права дѣлать заключеній, прямо противныхъ его смыслу. *Omnes adulti* curatores acciperent, говоритъ Капитолинъ (какъ не понять слова «non redditis causis», смыслъ курсиво. напечатанныхъ словъ останется одинъ и тотъ же), а не *ad omnia bona* c. accip

Теперь остается только рѣшить вопросъ: составляетъ ли положеніе Марка обобщеніе обыкновенныхъ явленій жизни или новое императорское предписаніе? Кто знакомъ съ направленіемъ законодательства римскаго даже въ императорскія времена, тотъ не поколеблется принять первое. Тавой важный законъ, ставящій всѣхъ совершеннолѣтнихъ юношей въ зависимость по отношенію къ имущественнымъ распоряженіямъ, не могъ пройти такъ незамѣченнымъ во внутренней исторіи римской, оставивъ слѣды только въ нѣсколькихъ строчкахъ неюридическаго писателя! А потому вѣроятнѣе всего, что законъ Марка, какъ множество и другихъ императорскихъ законовъ, выражалъ только начало, давно признанное въ практикѣ и, какъ не санктированное законодательнымъ путемъ, могло подать поводъ къ спорамъ въ частныхъ случаяхъ. Послѣднее могло служить поводомъ къ закону. Кромѣ чисто логическихъ основаній, выше раскрытыхъ, наше положеніе подкрѣпляется и свидѣтельствомъ римскихъ писателей. Хотя Діонъ Кассій и не юридическій писатель, но какъ бытовой писатель онъ заслуживаетъ по данному вопросу даже большаго вниманія, чѣмъ всѣ юридическіе писатели. Мы говоримъ теперь о томъ, что было, а не о томъ какъ должно было быть. Этотъ Діонъ Кассій уже для временъ Августа считаетъ общимъ положеніемъ [1]), впослѣдствіи выраженное закономъ Марка [1]).

Что даже слова Капитолина непремѣнно должны выражать то, что доказано нами разсужденіями по вопросамъ практики, свидѣтельствуетъ и сама грамматическая форма *acciperent*». Мы только удивляемся, какъ могъ Савиньи, прекрасно знавшій латинскій языкъ, утверждать (стр. 273 прим. 48), что глаголъ въ сослагательномъ наклоненіи выражалъ въ данномъ случаѣ (statuit, ut) не повелѣніе, а только предоставленіе. Итакъ, если вспомнимъ правило латинской грамматики, по которому conjunctivum употребляется pro imperativo (Lex Burgun. tit. 36, 8—16 (ed. Barkow) говоритъ: pupilli vero post impletum quartum decimum annum curatores sibi ipsi petere *debebunt*: pupillae vero post impletum 12 annum curatores sibi ipsae *petant*), то Капитолинъ только подтверждаетъ наши разсужденія, неопиравшіяся вовсе на интерпретацію его словъ. Согласно сказанному, и слова «non redditis causis» должны выражать тоже, что и слова рескрипта Антонина (L. 3 § 1 D. 26, 1), а именно, что необходимость подпасть подъ попечительство условливается не какими либо другими причинами, а только извѣстнымъ возрастомъ. Нашимъ пониманіемъ дѣла устраняется и то странное лочическое противорѣчіе, которое необходимо должны были допустить писатели господствующаго мнѣнія по отношенію къ смыслу рескрипта Антонина (см. выше).

[1]) Тоже можно сказать между прочимъ и о Гайѣ (Epit. 1, 8), если принять господствующее мнѣніе о времени его жизни, а именно царствованіе Адріана. Въ томъ же смыслѣ выражается и современникъ его, Помпоній. L. 32 pr. D. 16, 1.

[1]) Dio Cass. L. III cap. 20. По иниціативѣ *Ноодта* (Comment. ad L.

Остается рѣшить: какъ связать съ этимъ общимъ положеніемъ другое, внесенное въ самые позднѣйшіе своды римскаго законодательства, а именно: inviti adolescentes curatores non accipiunt? Мы полагаемъ, что весьма просто. До закона Марка, хотя обыкновенно всякій миноръ состоялъ подъ попечительствомъ, но все таки это обыкновенное явленіе зависѣло не отъ принужденія къ тому минора, а изъ его разсчета собственнаго своего интереса. Прежде для каждаго акта онъ долженъ былъ прибѣгать къ властямъ съ просьбою о назначеніи попечителя для соучастія въ совершеніи этого акта—cura ad actum [1]). Но потомъ, особенно съ развитіемъ гражданскаго оборота, не трудно было набрести минору на мысль, что спокойнѣе было бы выпросить себѣ попечителя разъ на всегда. Вѣдь акта юридическаго безъ попечителя съ нимъ совершить никто не рискнетъ, слѣдовательно непремѣнно будетъ представляться случай хлопотать предъ начальствомъ, а тутъ уже разъ навсегда подъ рукою будетъ попечитель. (Дѣятельность попечителя мы ограничиваемъ только совершеніемъ юридическихъ актовъ самими или съ привлеченіемъ минора. См. ниже). Слѣдовательно цитированное положеніе дѣйствительно выражало свободу минора просить или не просить себѣ попечителя. Такъ оно и осталось незатронутымъ закономъ Марка (См. напр. L. 20 § 1 D. 34, 3), какъ древнее начало (*Huber* Praelect стр. 73). Въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ могло представиться практическое противорѣчіе въ ссылкахъ на оба положенія, законъ предписалъ принудительное попечительство (pr. § 2 I. 1, 23; L. 72 D. 4, 4; L. 2 § 4 D. 26, 6; L. 5 § 5; L. 33 § 1 D. 26, 7; L. 7. C. 5, 31). И такъ съ одной стороны древнее правило осталось нетронутымъ, но съ другой стороны,

---

26 tit. 5 in fin.) слова Діона Кассія считаютъ (см. напр. Burchardi Wiedereinsetz. стр. 203) за ошибку или анахронизмъ, хотя положительныхъ доказательствъ за это мнѣніе не имѣется, а потому вѣрнѣе будетъ слова Діона Кассія принять за фактъ, такъ какъ одно уже то, что Діонъ Кассій, живя въ царствованіе Марка Аврелія, не могъ ошибаться на счетъ новизны положенія этого императора, а если относилъ это положеніе, какъ de facto существовавшее, и до времени Марка, значитъ новизною для современниковъ оно уже не было.

[1]) Бурхарди Wiedereinsetz. стр. 203) полагаетъ что cura ex Lege Plaetoria было попечительство съ полной administratio bonorum. Но помимо того, что за это мнѣніе не имѣется никакихъ данныхъ, оно противорѣчитъ и логическимъ выводамъ изъ всей послѣдующей исторіи попечительства. Такъ если по словамъ того же Бурхарди, миноръ не могъ заключать ни одной обязательственной сдѣлки безъ соучастія попечителя, то всякій подобный актъ долженъ служить поводомъ къ назначенію curae perpetuae, а если такъ, то не было и надобности въ Конституціи Марка.

*

если оно становилось въ противорѣчіе съ новымъ закономъ о постоянной опекѣ, то отмѣнялось сингулярнымъ закономъ.

Въ общемъ результатѣ всего сказаннаго мы можемъ считать доказанными всѣ наши положенія, которыми имѣлось въ виду провести ту мысль, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ всякій миноръ съ достаткомъ необходимо состоялъ подъ попечительствомъ, и что слѣдовательно различіе въ этомъ отношеніи между опекой и попечительствомъ (см. Zimmern § 537; Mühlenbruch § 591) нѣтъ ровно никакого.

Если же всѣ минора состояли подъ попечительствомъ, то слѣдовательно въ дѣеспособности не могло быть между ними никакого различія, т. е. слѣдовательно и объемъ обязанностей попечителя надъ всѣми минорами долженъ быть одинъ и тотъ же, а именно Cura perpetua, введенная Маркомъ Авреліемъ имѣла, разумѣется, своимъ назначеніемъ выполнять тѣже функціи, какія прежде выполнялись попечителями, назначенными redditis causis, а именно, ограждать интересъ извѣстныхъ лицъ отъ убытковъ, какъ юридическихъ послѣдствій ихъ неопытности propter minorem aetatem. Слѣдовательно объемъ обязанностей попечителя можетъ быть опредѣленъ, какъ дѣйствительно и опредѣляется источниками, словомъ administratio bonorum въ обширномъ юридическомъ (а не хозяйственномъ) смыслѣ, т. е. попечительствомъ ограничивается дѣеспособность минора въ заключеніи такихъ актовъ, которые могли имѣть послѣдствія убыточныя для его имущества; а изъ этого ограниченія уже въ общемъ слѣдовало, что минору можетъ быть разрѣшено совершеніе только такихъ актовъ, которые дѣйствительно имѣли бы своимъ послѣдстіемъ одну прибыль, или такихъ, которые не имѣли имущественнаго характера (бракъ, обрученіе). Всѣ же остальные акты миноръ, если и совершалъ, то не иначе, какъ при соучастіи попечителя и при томъ такъ, что вся юридическая сила акта зависѣла отъ этого соучастія, оставляя за миноромъ одну формальную сторону совершенія. Это послѣднее положеніе въ наукѣ не безспорно и относится къ вопросу о мѣрѣ признанной за миноромъ дѣеспособности, или объ обусловливаемой ею сущности обязанностей попечителя.

И такъ обратимся теперь къ нашему другому вопросу: въ какой мѣрѣ признавалась послѣ закона Марка за минорами дѣеспособность, условливавшая и характеръ обязанностей попечителя?

Б) О мѣрѣ дѣеспособности признанной за минорами. Такъ какъ дѣеспособность и минора, какъ и пупилла, в сего полнѣе и

многостороннѣе выражается въ правѣ заключать обязательственныя сдѣлки, то вѣрнѣйшимъ путемъ рѣшить данный вопросъ будетъ заняться изслѣдованіемъ вопроса:

Какую силу имѣютъ обязательства минора заключенныя безъ соучастія попечителя?

Мы уже выше разсмотрѣли, какъ мало по малу выработался институтъ попечительства. Мы видѣли, какъ мало по малу связывался миноръ въ большемъ и большемъ числѣ случаевъ согласіемъ своего попечителя. Поэтому полагаемъ, что отвѣчать на этотъ вопросъ безъ отношенія къ исторіи самаго института, значитъ предполагать образованіе попечительства съ самаго начала въ томъ самомъ видѣ, какимъ онъ представляется и по своду Юстиніянову. И такъ напомнимъ, что до закона Плеторія совершеннолѣтній, былъ вполнѣ дѣеспособенъ, почему, конечно, могъ заключать и обязательства всякаго рода по своему произволу. Съ закона Плеторія начинается стѣсненіе этой дѣеспособности. Появляются попечители тамъ, гдѣ прежде они были немыслимы. Со словомъ перешло и понятіе. Какою же цѣлью руководилось законодательство, назначая сперва въ отдѣльныхъ случаяхъ, а съ Марка Аврелія для всего возраста minoritatis (отъ 14—до 25 лѣтъ), куратора? А тою-же признанною неспособностью предохранять себя отъ извѣстныхъ имущественныхъ невыгодъ, какъ у расточителей и безумныхъ. Если, наконецъ, сообразимъ, что согласія куратора въ силу этого его назначенія умѣстно только тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ имущественной невыгодѣ минора, то уже въ общемъ не можетъ быть сомнѣнія, что обязываться миноръ можетъ не иначе, какъ при соучастіи попечителя, въ чемъ слѣдовательно въ общемъ же дѣеспособность минора ничѣмъ не отличается отъ дѣеспособности пупилла.

Конечно, все, что мы будемъ говорить далѣе по тому вопросу относится уже къ тому времени, когда институтъ попечительства сформировался въ окончательную форму, а именно послѣ Конституціи Марка Аврелія.

Прямаго отвѣта на предложенный вопросъ источники не даютъ, а если мы и принимаемъ нѣкоторыя выраженія ихъ за общія положенія, то очевидно становимся въ противорѣчіе съ другими, какъ общими, такъ и частными положеніями. Поэтому, разумѣется, нашъ вопросъ одинъ изъ самыхъ спорныхъ въ наукѣ Римскаго Права. Впрочемъ эта спорность вопроса условливается не столько самими источниками, сколько пріемами въ изслѣдованіи ихъ. Римскими юри-

стами онъ не былъ поставленъ такъ прямо, какъ поставленъ нами. Къ тому-же вліяніе традиціи было еще такъ сильно даже въ позднѣйшемъ правѣ, что высказать единодушно положеніе о равной дѣеспособности, какъ несовершеннолѣтнихъ, такъ и совершеннолѣтнихъ, было немыслимо для римскаго юриста. Но съ другой стороны de facto въ общемъ сомнѣваться въ этомъ положеніи едва ли будетъ научно, выходя изъ обязательности попечительства для каждаго минора и общаго его назначенія. Если-же наоборотъ выходитъ, какъ это и дѣлаютъ всѣ писатели по римскому праву, изъ одной интерпретаціи спорныхъ фрагментовъ, то нетрудно будетъ провести въ общемъ и совершенно противное нами сказанному. Слѣдовательно намъ остается доказать въ предположеніи достовѣрности общихъ выводовъ о развитіи попечительства надъ минорами то, что составляетъ необходимыя послѣдствія этихъ выводовъ. Какъ необходимыя—эти послѣдствія должны выразиться въ юридической практикѣ, именно въ рѣшеніяхъ юристовъ и императоровъ, а если такъ, то всѣ воззрѣнія, построенныя на интерпретаціи отдѣльныхъ темныхъ выраженій источниковъ, должны быть и фактически, и логически невѣрны. Будетъ это доказано, то всѣ противорѣчія и недоразумѣнія окажутся лишними, и наше положеніе, вытекающее изъ исторіи попечительства, только оправдаетъ ту безспорную мысль, что всякое неапріорное начало хотя бы только de facto непремѣнно выразится въ прямыхъ его послѣдствіяхъ.

И такъ посмотримъ: на сколько заслуживаютъ вниманія воззрѣнія противныя нашему?

Всѣ они исходятъ большею частью изъ интерпретаціи двухъ фрагментовъ, столь очевидно противорѣчащихъ другъ другу, что, не разъяснивъ ихъ разногласія, нельзя говорить ни за, ни противъ права минора обязываться безъ соучастія попечителя. Первый принадлежитъ юристу Модестину (Lib. IV de praescriptionibus L. 101 D. 45, 1); второй будетъ рескриптъ Діоклетіана и Максиміана (L. 3 C. 2, 22). Приводимъ оба.

Модестинъ говоритъ: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

Рескриптъ императорскій: si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet; *cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, qui a praetore, curatore dato, bonis interdictum est.* Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, imploraro

in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserit, causa cognita non prohiberis.

Есть писатели, утверждающіе, что послѣдній рескриптъ есть частное спеціальное запрещеніе продажи имущества sine consensu curatoris (напр. Marezoll въ Zeitschr. f. Civilrecht und Process 32 nar. 12 стр. 387 и слѣд.; Vangerow I, § 291 прим. 2; Savigny Schutz n. 69 и 71). Но читая курсиво-напечатанныя слова, мы не можемъ отрицать проведенной въ ней общей аналогіи между cura prodigi и minorum (Demangeat I стр. 405 и слѣд.), какъ и въ слѣдующихъ словахъ отрицать дѣеспособность минора по отношенію къ совершенію контрактовъ. Итакъ слову «venditio» во второй части фрагмента соотвѣтствуетъ общее слово «contractus», что въ связи съ отождествленіемъ дѣеспособности minoris и prodigi не можетъ оставить и сомнѣнія, что Діоклетіанъ и Максиміанъ въ первой части рескрипта говорятъ о дѣеспособности миноровъ вообще по отношенію къ заключенію обязательственныхъ сдѣлокъ. И это мнѣніе имѣетъ тѣмъ большую достовѣрность, что за него будетъ слѣдующее обстоятельство: если-бы Діоклетіанъ и Масиміанъ желали высказать въ цитированномъ рескриптѣ условія дѣйствительной продажи имущества минора, то они указали-бы на отдѣльные его виды, какъ это они и сдѣлали во многихъ другихъ своихъ конституціяхъ (см. напр. LL. 8, 11, 15, 16, 17 C. 5, 71; L. 3 C. 5, 72), имѣя предъ глазами узаконеніе Севера (L. 1 D. 27, 9) и распространенія его интерпретаціею юристовъ (L. 3 § 4, 5, 6; L. 5 § 1, 14 D. 27, 9), на основаніи чего условія дѣйствительной продажи вообще не ограничивались бы однимъ соучастіемъ попечителя, а требовалось бы еще соучастіе и властей (L. 6 C. 5, 71), безъ котораго куплю-продажу предписано было считать недѣйствительною (L. 11, 16 C. 5, 71; L. 3 C. 5, 72). Въ нѣкоторыхъ же случаяхъ достаточно было даже одного соучастія властей безъ соучастія попечителя, въ противность положенію цитированнаго рескрипта (L. un. pr. § 5 C. Th. 2, 17; L. 2 § 1 in fin. C. 2, 45; L. 3 C. 5, 74). Итакъ въ L. 3 C. 2, 22 рѣчь идетъ не объ однихъ условіяхъ дѣйствительной продажи, а вообще о дѣеспособности минора, которая и отрицается въ немъ. Наша мысль вполнѣ подтверждается одною краткою компиляціею Римскихъ законовъ, а именно Attaliatae synopsis Tit. 5 (ed Leunclavii), по которому in integrum restitutio предоставляется минору какъ изъ договора продажи, такъ и вообще всѣхъ прочихъ обязательствъ, если только миноръ вступалъ въ нихъ при соучастіи попечителя (см. выше). Значитъ въ

противномъ случаѣ всѣ обязательства должны считаться ничтожными. Наконецъ, мало того, въ первой части цитированнаго рескрипта мы имѣемъ право не признать даже недомолвки или не вполнѣ ясной редакціи. Словами «emtio venditio» Римляне часто опредѣляли всю область актовъ по имуществу. Такъ про расточителей они выражались... commercio illi interdictum est (Ulp. 20 § 13; L. 15 D. 27, 10; § 2 I. 2, 12). Commercium по опредѣленію Ульпіяна (19 § 5), est emendi vendendique invicem jus. Къ послѣднимъ словамъ могутъ служить комментаріемъ слова Помпонія..... quoniam.... *emtionis* (въ источникахъ часто однимъ словомъ emtio или venditio выражалось договоръ купли-продажи (см напр. L. 15 pr.; L. 34 § 1 D. 18, 1; L. 2 § 1; L. 4 D. 18, 2), verbo omnem alienationem complexa videretur (L. 29 § 1 D. 40, 7) Итакъ, даже въ буквальномъ смыслѣ понимая первую часть цитированнаго рескрипта, мы получили запрещеніе совершать все возможные акты, могущіе вести къ отчужденію имущества. Слѣдовательно противорѣчіе L. 3 C. cit, со словами Модестина L. 101 D. cit. въ общемъ правилѣ.

Множество попытокъ находимъ мы въ литературѣ объяснить это противорѣчіе. (Всѣ онѣ приведены въ монографіи Вебера и статьѣ Марецолля). Но на сколько всѣ онѣ вѣски, можно судить уже потому, что ни одна изъ нихъ не можетъ считаться господствующею.—Самая неудачная изъ нихъ была попытка измѣнить самый текстъ фрагмента Модестина (см. напр. *Donellus* Comm. XII c. 22 § 50; *Noodt* de pact. et transact c. 20), но такъ какъ смыслъ словъ точно передали намъ источники Византійскаго права въ буквальномъ переводѣ, то и останавливаться на этихъ искаженіяхъ не стоитъ.

Остается обратиться къ тѣмъ писателямъ, которые, выходя изъ очевиднаго противорѣчія, стремятся согласить его посредствомъ интерпретаціи. Тутъ всего болѣе обращаетъ на себя вниманіе мнѣніе, принятое нѣкоторыми и новѣйшими писателями. Въ словахъ Модестина видятъ полное дозволеніе заключать обязательства безъ соучастія попечителя, но только такія, которыя касаются личности, а не имущества минора. Въ рескриптѣ же спеціально запрещается совершать безъ этого соучастія сдѣлки, касающіяся имущества (см. Peregrinus Manuduct. r. 1 стр. 209, но особенно Voet. Comment. ad Pand. L. 4 tit. 4 § 52; Günther Princip. § 543; Hoepfner Comm. стр. 246; Weber § 72; Glück 4 стр. 80; Mackeldey § 595; Meyer и др.). Быть можетъ это положеніе и вѣрно, но не доказано, а все недоказанное въ наукѣ положительной предполагается въ тоже

время и невѣрнымъ. Дѣйствительно, мнѣніе это не выдерживаетъ критики. Кромѣ невѣрнаго грамматическаго толкованія словъ Модестина, весьма подробно разобраннаго Марецолломъ (хотя искусственнаго и тутъ много. Явныхъ указаній источниковъ нѣтъ, значитъ фантазіи просторъ), мы считаемъ его невѣрнымъ уже въ самомъ исходномъ пунктѣ.

Въ чемъ заключаются эти лично-обязательственныя сдѣлки, различіе ихъ отъ имущественно-обязательственныхъ и въ чемъ состоитъ обязанность попечителя? Подъ лично-обязательственными сдѣлками разумѣются такія, которыя непосредственно обязываютъ контрагента къ совершенію извѣстныхъ личныхъ дѣйствій. Подъ имущественными-же такія, которыми контрагентъ обязуется опять-таки лично, но уже по отношенію къ извѣстнымъ выгодамъ, предоставляемымъ его имуществомъ. Этого дѣленія обязательствъ Римляне не знали, но вывести его изъ характера принятыхъ на себя обязательствъ можно. Вся сила каждаго обязательства выражается въ отвѣтственности обязавшагося, въ чемъ же, спрашивается, будетъ состоять гражданская отвѣтственность? Въ извѣстныхъ имущественныхъ невыгодахъ (debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. L. 108 D. 50, 16). А если такъ, то разница между обязательствами личными и имущественными будетъ только въ непосредственной цѣли каждаго, а не въ результатѣ осуществленія иска. Сказанное сознавали нѣкоторые сторонники разсматриваемаго воззрѣнія и старались подобрать такія обязательства, которыя никоимъ образомъ не могли бы влечь за собою имущественнаго взысканія. Такъ, приводили въ качествѣ личныхъ договоровъ: обрученіе (sponsalia), бракъ (nuptiae), личный наемъ (locatio-conductio operarum), отвѣтственность предъ кредиторами, легатаріями изъ принятаго безъ соучастія попечителя наслѣдства, но только въ размѣрѣ самаго наслѣдства (см. Мейеръ стр. 62; Веберъ стр. 289; Гепфнеръ стр. 803 и др.). Должно сказать, что приведенные примѣры весьма неудачны.

Во первыхъ обрученіе и бракъ (L. 20 D. 23, 2; L. 8 C. 5, 4 см. Zöpfel Vergleich. d. röm. tut. и с. стр. 26; Mackeldey Lehrbuch der Instit d. heut. rom. R. § 595). Совершить обрученіе могъ и пупиллъ и также безъ соучастія опекуна, такъ какъ обязательственнаго характера оно не имѣло (см. тѣхъ же Мейера стр. 67, Гёпфнера стр. 246), даже если бы оно было укрѣплено стипуляціею (L. 2 § 1, 2 D. 24, 2; L. 1 C. 5, 1; L. 2 C. de inut. stipul.). Право же вступить въ бракъ обусловливалось не гражданскою дѣеспособностью, а физиче-

скими свойствами индивида (Гестердингъ Ausb. 2 стр. 21), иначе въ этомъ правѣ не слѣдовало бы отказывать и кастратамъ. Кромѣ того воззрѣніе на бракъ какъ на договоръ (см. напр. Pothier Oeuvres tom. 6) оставлено давно.

Во-вторыхъ на такіе примѣры личныхъ обязательствъ, какъ напр. mandatum, locatio conductio и т. п. (см. Гестердингъ Ausbeute 2 § 10; Глюкъ 4 стр. 74 и др. (мы напомнимъ, что всякое обязательство, не исключая и упомянутыхъ, находитъ свое выраженіе въ искѣ. Искъ же есть—имущество (долговое). Слѣдовательно всякое обязательно должно имѣть имущественный характеръ. Римляне этотъ признакъ обязательствъ выражали словами: . . . ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt. Кто обязуется, тотъ отчуждаетъ. Долгъ есть minus имущества (см. Пухта Vorlesungen Beilag. 2; Марецолль стр. 375). Какими же слѣдовательно будутъ обязательства минора, по которымъ не возможенъ искъ, т. е. если и возможенъ, то не можетъ привести къ удовлетворенію по этимъ обязательствамъ, не смотря на соблюденіе всѣхъ законныхъ формальностей при заключеніи ихъ (самъ Мейеръ, кажется, соглашается съ нами, но только въ принципѣ см. стр. 68, 72)? Какое же это послѣ того обязательство, выполненіе котораго зависитъ отъ произвола лица *обязаннаго* и по которому невозможенъ искъ въ виду пустаго результата?

Въ третьихъ, наконецъ, положеніе объ отвѣтственности изъ наслѣдства, принятаго безъ согласія попечителя, не подтверждено источниками, а потому какъ недоказанное имѣетъ за себя предположеніе невѣрности.

Въ общемъ результатѣ слѣдовательно всѣ приведенные примѣры не идутъ въ подтвержденіе разсматриваемаго воззрѣнія, а потому оно состороны фактическаго основанія оказывается бездоказательнымъ, а слѣдовательно и невѣрнымъ. Что бездоказательность этого воззрѣнія должна быть понята именно въ этомъ смыслѣ, необходимо слѣдуетъ изъ этого, что имъ окончательно подрывается въ принципѣ назначеніе попечительства. Такъ если въ противность сказанному допустить отвѣтственность минора по обязательствамъ, заключеннымъ безъ соучастія попечителя, то съ одной стороны будемъ имѣть надзоръ, установленный съ цѣлью оградить имущественный интересъ неопытнаго минора (L. 1, pr. D. 4, 4), а съ другой стороны дозволимъ минору положимъ, взяться быть повѣреннымъ (Paul. I. 9 § 2), надѣлать разныхъ глупостей въ силу полной довѣрности и затѣмъ отвѣтить за

это по actio mandati всѣмъ своимъ имуществомъ. Противорѣчіе очевидное, отнять же эту отвѣтственность (см. Савиньи Schutz. стр. 287), какъ мы видѣли, значитъ просто обезсилить само обязательство, такъ какъ все тогда будетъ сведено къ произволу, какъ въ желаніи исполнить его, такъ и въ качествѣ самого исполненія.

Это возраженіе должно быть предвидѣли нѣкоторые писатели и потому отдалили отвѣтственность минора на время достиженія имъ 25 лѣтъ (см. напр. Huber Paelect 3 стр. 289, Höpfner Comment. приводитъ многихъ писателей этого положенія § 737 прим. 1; Марецолль стр. 403). Но это уже совершенно нелогично, такъ какъ, слѣдуя консеквентно этому положенію, мы должны будемъ свести назначеніе попечителя не къ обязанности охранять имущественный интересъ минора, а къ обязанности однимъ фактомъ своего существованія откладывать исполненіе всевоможныхъ актовъ, совершенныхъ самимъ миноромъ. Признать же полную и своевременную отвѣтственность (см. напр. Вальтера Röm. Rechtsgesch. 2 стр. 166), значитъ мало того, что сдѣлать попечительство совершенно излишнимъ, но даже стать въ полное противорѣчіе съ обязанностями попечителя. Если administratio bonorum закономъ предоставлено попечителю (L. 20 D. 23, 2; L. 14 § 7 D. 46, 3 и т. п.), то оно не представлено минору, а слѣдовательно и вмѣшательство этого послѣдняго безъ согласія попечителя не можетъ быть закономъ допущено (см. Sintenis § 145 прим. 1).

Упомянемъ еще объ одной попыткѣ объяснить дѣйствительно признанное противорѣчіе между словами Модестина и императорскимъ рескриптомъ, упомянемъ объ этой попыткѣ потому, что это единственное объясненіе, опирающееся на историческія данныя. Единственно только этотъ путь, по нашему понятію, способенъ довести до неоспоримыхъ выводовъ, если только не слѣдовать обыкновенному противоположенію первой и второй части рескрипта (L. 3 C. at). Французскій юристъ Деманжа (Droit romain 1 стр. 407) полагаетъ, что L. 3 cit. выражаетъ вновь признанный принципъ. Съ этимъ нельзя не согласиться, но уже не далѣе этихъ словъ, такъ какъ въ одномъ и томъ же рескриптѣ онъ допускаетъ два начала, смотря потому имѣетъ ли миноръ попечителя или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ обязательственныя сдѣлки его, по новому принципу, недѣйствительны, а во второмъ остается въ силѣ древній принципъ, выраженный словами Модестина. Мы не признаемъ для позднѣйшаго римскаго права практическаго случая иму-

щаго минора безъ попечителя, а потому только въ цѣломъ L. 3 cit. признаемъ дѣйствительно новый принципъ.

Объяснимся. Если мы скажемъ, что не всѣ анахронизмы могли быть удалены предусмотрительностью законодательной коммиссіи при составленіи такого обширнаго труда, какъ Дигесты, то L. 101 D. cit. покажетъ только на то время, когда попечительство понималось иначе, чѣмъ въ позднѣйшемъ правѣ. Дѣйствительно, въ исторіи этого института мы замѣчаемъ постепенное расширеніе объема обязанностей попечителя и въ той же мѣрѣ ограниченія дѣеспособности минора. До закона Плеторія мы должны признать за миноромъ, какъ лицомъ совершеннолѣтнимъ, полную дѣеспособность. Этотъ законъ является, хотя только еще въ немногихъ случаяхъ, охранителемъ имущественнаго интереса минора, но притомъ такъ, что миноръ вынуждается просить себѣ попечителя въ виду несогласія взрослыхъ контрагентовъ вступить съ ними въ сдѣлку. Интерпретаціею юристовъ вводится in integrum restitutio propter minorem aetatem, слѣдовательно для третьяго лица является еще больше поводовъ привлекать попечителя къ соучастію въ совершеніи акта, а тѣмъ, конечно, de facto дѣеспособность минора стѣсняется еще болѣе, пока, наконецъ, Маркъ Аврелій общимъ закономъ не постановилъ надзоръ за всѣми лицами minoribus XXV annis, надзоръ аналогичный tutelaris potestatis. Но внутренній характеръ попечительства, ограничившій дѣеспособность минора въ той же мѣрѣ, какъ опекунъ ограничивалъ дѣеспособность пупилла (см. ниже), невыяснился еще въ теоріи, а puber все еще продолжалъ совершать акты самъ, привлекая къ соучастію попечителя только яко бы въ интересѣ третьихъ лицъ; да кромѣ того, даже послѣ послѣдняго удара его дѣеспособности, нанесенной Маркомъ Авреліемъ, все еще оставалась иллюзія прежней свободы въ дѣйствіяхъ: попечителя миноръ получалъ не иначе, какъ по собственному желанію, хотя на выраженіе этого желанія онъ и вынуждался положеніемъ даже принудительнаго наложенія попечительства въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ не пожелаетъ просить опеки добровольно. Наконецъ, если миноръ не предпринималъ никакихъ юридическихъ актовъ, то могъ даже оставаться и вовсе безъ попечителя. Вотъ это-то старое начало въ принципѣ признанной полной дѣеспособности минора, какъ совершеннолѣтняго лица, и хотѣлъ выразить Модестинъ въ L. 101 D. cit. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы puberes sine curatoribus suis obligari possunt съ полной юридической силой въ практическомъ результатѣ. Обязываться въ силу этого древняго принципа

онъ могъ, но дальше ужь ничего: самого выполненія не слѣдовало никогда. Въ послѣднемъ впрочемъ не сомнѣвалось большинство юристовъ всѣхъ временъ, когда высказывали такое положеніе: всякое обязательство минора, касающееся его имущества, недѣйствительно, коль скоро заключено оно безъ соучастія попечителя (полное выраженіе у Гестердинга Ausbeute. 2 стр. 33 f. § 10). Вотъ это-то практическое вліяніе попечительства на дѣеспособность минора, вліяніе, признанное уже задолго до Діоклетіана, но только еще de facto, и выразилось въ рескриптѣ L. 3 C. cit. Принципъ былъ оставленъ. Посмотрѣли на суть дѣла.

Выказывая подобное пониманіе противоположенія словъ Модестина съ словами рескрипта, мы тѣмъ въ принципѣ рѣшаемъ вопросъ о дѣеспособности минора въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ. По нашему понятію, послѣ закона Марка немыслимо допустить какую либо дѣеспособность минора. Подобное мнѣніе необходимо вытекаетъ изъ основаній несостоятельности противнаго, принятаго въ послѣднее время знаменитѣйшими знатоками римскаго права. Такъ Куяцій первый высказалъ (ad. L. 101 D. de V. 45, 1, см. также Odserv. XIX, 33), а за нимъ повторили и другіе (см. Марецолль cît, Савиньи cit.; Бурхарди Lehrbuch d. röm. Rechts 2 § 136; Schrader Commente ad. § 2 I. 1, 23; Heimbach Weiske's Rechtslexikon 3 стр. 215; Келлеръ § 449; Вангеровъ I § 291 прим. 2 и друг.), что миноръ имѣетъ свободу обязываться со всѣми послѣдствіями и безъ соучастія попечителя, за исключеніемъ только нѣкоторыхъ случаевъ, ясно поименованныхъ въ источникахъ. Если бы необходимо было ограничиваться однимъ грамматическимъ толкованіемъ разбросанныхъ и не всегда ясныхъ фрагментовъ, то въ частностяхъ это положеніе было бы безспорно, или лучше сказать—неопровержимо. Такъ общаго начала по данному вопросу въ источникахъ не высказано, а спеціальные законы не обнимаютъ всѣхъ формъ обязательственныхъ сдѣлокъ, да къ тому еще эти злочастные два фрагмента L. 101 D. cit. и L. 3 C. cit. Съ перваго взгляда теорія эта неприступна. Но выводы строить на одной частной интерпретаціи, хотя бы даже въ ущербъ логической послѣдовательности, значитъ давать право въ свою очередь и другимъ, выходя изъ этихъ выводовъ обращать ихъ же противъ творцовъ этихъ выводовъ.

Такъ, послѣ выше сказаннаго нельзя сомнѣваться, что закономъ Марка введено perpetua cura aetatis (Capitol. Marc. c. 10; L. 1 § 3 D. 4, 4; pr. I. 1, 23; Ulp. XII § 4 и т. д.). Какое же назначеніе

этого попечительства? Предохранять отъ невыгодныхъ послѣдствій, конечно, имущественныхъ, неопытности, признанной за всѣми минорами (L. 1 pr. D. 4, 4). Съ этимъ вручается попечителю administratio bonorum въ обширномъ смыслѣ. Если теперь ограничить запрещеніе вступать безъ соучастія попечителя въ сдѣлки по поводу имущества только нѣкоторыми изъ нихъ, то это будетъ значить: 1) что неопытность минора будетъ ограничиваться именно совершеніемъ только этихъ сдѣлокъ, или же 2), что невыгодныя имущественныя послѣдствія могутъ поступить по поводу этихъ сдѣлокъ. Это возраженіе стараются обезсилить тѣмъ, что, съ одной стороны, предоставляютъ минору средство оградить себя отъ имущественныхъ убытковъ, какъ результатъ его неопытности, а именно restitutio in integrum propter minorem aetatem; а съ другой стороны, запрещеніемъ попечителю по такимъ обязательственнымъ сдѣлкамъ производить уплаты изъ имущества минора.

Писатели разсматриваемаего воззрѣнія предоставляютъ минору напр. заключать договоры найма на свое имущество, покупку всевозможныхъ средствъ къ жизни, договоры съ ремесленниками и т. п. (см. Марецолль, Вальтеръ 2 стр. 166). Всѣ эти акты при вообще предполагаемой неопытности минора (L. 1 pr. D. 4, 4) могутъ убыточно отразиться на имущественномъ интересѣ его (Пухта Vorlesung. Beilag. 2) Противъ этихъ убыточныхъ послѣдствій предоставляютъ минору restitutionem in integrum (L. 7 pr. § 1 D. 4, 4 и др.), т. е. иначе полагаютъ вреднымъ для кредита минора лишить его свободы заключать обязательственныя сдѣлки и въ тоже время, допуская эту свободу, прицѣпляютъ ей средство уничтоженія того же кредита (см. Keller § 449). Говорятъ: миноръ имѣетъ право совершать акты непосредственно по имуществу, такъ какъ отъ убыточныхъ послѣдствій онъ можетъ охранять себя restitutione in integrum.

Что такое restitutio in integrum? Первоначально (см. Савиньи Syst. 7 § 317) это было экстраординарное средство уничтожить дѣйствительный юридическій актъ, изъ соотвѣтствія котораго съ jus strictum проистекаютъ извѣстныя въ данномъ случаѣ невыгодныя и несправедливыя послѣдствія. Это средство было особенностью римскаго права, въ которомъ строгое древнее право не отмѣнялось, а обходилось. Restitutio in integrum изъ права претора своею властью обезсиливать въ каждомъ данномъ случаѣ актъ (L. 24 § ult. D. 4, 4), несправедливый по своимъ послѣдствіямъ для даннаго случая (restitutio in integrum est *causae* jure *amissae* redintegratio L. 2 C. 2,

41. Нѣтъ causa amissa, то нѣтъ и in integrum restitutio L. pr. D. 4, 4). Впослѣдствіи эти случаи, мало по малу сгруппированные въ общія положенія, вошли въ преторскій эдиктъ, который, на ряду съ jus strictum, сдѣлался такимъ же закономъ (см. Vinnius Select. jur. quaest. cap. XI; Савиньи System 7 § 317), такъ что данный случай, не приходилось разсматривать и взвѣшивать, а только подводить подъ законъ (Baron Pandekt. стр. 228). Теперь, если признать, что restitutio in integrum было общимъ средствомъ обезсиливать обязательственныя сдѣлки минора, то это въ равной степени будетъ значитъ не признавать за ними дѣеспособности къ нимъ, такъ какъ обязательство можетъ быть признано только фактически, а не юридически. Но съ такою силою заключать обязательственныя сдѣлки имѣлъ право и пупиллъ. Разница въ первомъ случаѣ будетъ только та, что по традиціи для минора признается не недѣйствительность, а только расторжимость сдѣлокъ, на которыя de facto съ ними никто и не рѣшится (metuunt credere omnes Plautus Pseudol. см. Demangeat 1 стр. 400) по общему правилу,—а если такъ, то соучастіе попечителя необходимо и въ данномъ случаѣ, какъ формальность, придающая акту юридическую силу.

Что справедливость нашего возраженія чувствовалась писателями критикуемаго мнѣнія, подтверждается ихъ несогласіемъ въ количествѣ исключеній изъ правила. Такъ, одни (Марецоль, Келлеръ § 449 и др.) приводятъ ихъ нѣсколько, другіе (напр. Вангеровъ 1 § 291 прим. 2) ограничиваютъ ихъ одною куплею-продажею. Принимая первое, слѣдуетъ признать всѣ эти ограниченія или за сдѣланныя на обумъ, или, какъ объясняютъ приводящіе только одно ограниченіе, за особенно настоятельно требуемыя особенной важностью этихъ актовъ. Первое объясненіе принять будетъ не научно, а второе окончательно нелогично. Всякая обязательственная сдѣлка могла влечь за собой имущественный ущербъ; по отношенію къ нему и было предоставлено минорамъ restitutio in integrum. Какое значеніе могло имѣть предъ закономъ, охраняющимъ имущественный интересъ минора, способъ, которымъ наносился ущербъ? Не все ли равно, что кто безпутно отчудилъ что либо изъ своего имущества или, положимъ, все имущество пошло въ уплату по взысканіямъ изъ безпутно же заключенныхъ обязательствъ? Тѣмъ болѣе этотъ вопросъ имѣетъ силы, что въ L. 3 C. 2, 2 2 даже не опредѣлены результаты (выгодны или нѣтъ) купли-продажи, а просто актъ объявляется ничтожнымъ. Вѣдь мотивъ же остается все тотъ же, а именно предполагаемая возможность убытка

минору изъ сдѣлки, такъ какъ, напротивъ, всѣ сдѣлки исключительно прибыльныя могли даже пупилломъ, а тѣмъ болѣе минороморъ, быть свободно заключаемы безъ чьего либо соучастія. Итакъ, важность акта опредѣлялась бы только большею или меньшею вѣроятностью по неопытности понести имущественные убытки, а эта вѣроятность въ равной степени можетъ быть при совершеніи любой обязательственной сдѣлки. Сопоставляя все это, мы еще болѣе убѣждаемся въ полной достовѣрности нашего положенія, что L. 3 C. 2, 22 не составляетъ положенія на частный случай, а общій принципъ извѣстнаго рода дѣеспособности минора, т. е. запрещеніе вообще совершать обязательственныя сдѣлки безъ соучастія попечителя. Если мы примемъ объясненіе, высказанное выше, объ отношеніи L. 101 D. cit. къ L. 3 C. cit., то намъ не придется подкрѣплять своего положенія такими посылками, которыя, съ одной стороны, не заключаются въ источникахъ, а съ другой при сопоставленіи ведутъ въ практическомъ примѣненіи положенія совершенно къ противному содержанію самаго положенія. Такъ, напр., гдѣ высказывается источниками, чтобъ изъ сдѣлокъ минора попечитель не обязанъ былъ производить уплаты? Если же принять этотъ предполагаемый законъ римскаго права, то спрашивается: въ чемъ будетъ выражаться отвѣтственность минора изъ сдѣлокъ, заключенныхъ безъ соучастія попечителя? Необходимо принять, что миноръ можетъ имѣть имущество, которое не подпадаетъ подъ попечительство (см. Савиньи Schutz стр. 285 и 286, Heimbach Weisk. Rechtslex. 3 стр. 214 и 215). Но даже предполагая вѣроятность этого опять таки не изъ источниковъ почерпнутаго положенія (въ источникахъ, напротивъ, см. L. 6. C. 5, 75... generalem curatori administrationem... и L. 3 C. 2, 22), мы должны, по отношенію къ этому имуществу, разсматривать минора, какъ не имѣющаго попечителя, а объ этомъ теперь и рѣчи не идетъ. Слѣдовательно, отвѣтственность или, что тоже, выполненіе, или иначе юридическая сила обязательственныхъ сдѣлокъ минора будетъ зависѣть отъ соучастія попечителя при совершеніи ихъ, т. е. согласія его на извѣстныя распоряженія по отношенію къ опекаемому имуществу. Но такъ какъ consensus curatoris можетъ быть и послѣдующимъ самому заключенію сдѣлки, то эта послѣдняя должна быть разсматриваема, какъ заключенная при соучастіи попечителя. Итакъ, остаются въ силѣ только такія сдѣлки, которыя имѣютъ въ виду исключительно одну прибыль самого минора, но о подобныхъ сдѣлкахъ теперь не можетъ быть и рѣчи. Всѣ же остальныя обязательства въ силу положенія,... ea in obligatione con-

sistere, quae pecunia lui praestarique possunt, въ юридической силѣ своей будутъ опредѣляться послѣдующимъ согласіемъ попечителя. А слѣдовательно in integrum restitutio становится совершенно излишнимъ. Такимъ образомъ несообразности въ частностяхъ разсматриваемаго положенія, принятаго теперь самыми знаменитыми цивилистами (см. напр. Göschen Vorlesung. § 429; *Wening* Lehrb. 4 Auftl. § 225; Рудорфъ 2 стр. 284 и слѣд., Савиньи стр. 32, Unterholzner Schuldverhältn. стр. 163; Пухта Lehrb. § 51 not. d. Vorlesung 1 стр. 104 и слѣд.; Cursus d. Instis.2 § 202 not aa; Sintenis 3 стр. 187 N.), заключаетъ въ себѣ логическое противорѣчіе. Желая провести одно, приходятъ совершенно къ противному. Хотятъ доказать полную свободу минора заключать всѣ почти обязательственныя сдѣлки безъ соучастія попечителя, а приходятъ къ тому, что иначе, какъ при соучастіи попечителя, невозможно и мыслить о какой бы то ни было силѣ обязательственныхъ сдѣлокъ одного минора. Странно, какъ было этого не замѣтить! Да къ тому же стараются еще оградить минора такимъ средствомъ, въ которомъ и надобности никакой не представляется, такъ какъ отвѣтственность его по принятымъ на себя обязательствамъ немыслима въ силу полной ихъ недѣйствительности.

Дѣйствительно, если даже и допустить послѣ всего сказаннаго, что въ Сводѣ Юстиніана упоминаются такіе случаи in integrum restitutionis propter minorem aetatem, когда обязательственная сдѣлка заключена однимъ миноромъ, то можно ли положительно сказать, что въ подобныхъ случаяхъ in integrum restitutio имѣетъ значеніе расторженія юридически дѣйствительной сдѣлки? Этотъ вопросъ мы разсмотримъ на примѣрахъ такъ называемаго необходимаго попечительства. Такъ, будетъ ли юридическій актъ, по источникамъ ясно требующій соучастія попечителя, но совершенный миноромъ sine consensu curatoris, недѣйствителенъ или только по поводу его дается restitutio in integrum? Яснаго отвѣта на этотъ вопросъ мы не находимъ ни въ источникахъ, ни въ литературѣ. Поэтому разсмотримъ тѣ случаи, въ которыхъ по источникамъ ясно требуется это соучастіе попечителя.

1) Полученіе отчетности отъ опекуна (L. 23 § 1 D. 26, 7; L. 7 C. 5, 31). Въ источникахъ сказано, что опекунъ долженъ напомнить пупиллу просить себѣ попечителя при достиженіи имъ совершеннолѣтія (L. 5 § 5 D. 26, 7). Но положимъ, что пупиллъ или не послушался этого напоминанія, или опекунъ не напомнилъ ему объ этомъ,

а просто отдалъ ему отчетъ и тѣмъ прекратилъ свои отношенія къ нему. Нѣкоторые писатели полагаютъ, что все-таки отвѣтственность опекуна (см. Рудорфъ 1 стр. 411), или даже сама опека (см. Huber Praelect. стр. 72; Heineccius ad Vinnium § 2 I. 1, 23 и др.), продолжается хоть до 25 лѣтъ. Основаніе этого мнѣнія думаютъ искать въ словахъ Каллистрата: officium tutorum, *curatoribus constitutis* finem accipit, ideoque omnia negotia *quae inita sunt* (finita tutela), ad fidem curatorem pertinent (L. 33 § 1 D. 26, 7). Но этому пониманію цитированнаго фрагмента противорѣчатъ ясныя свидѣтельства источниковъ, что опека никогда не продолжается за совершеннолѣтіе опекаемаго (см. Савиньи стр. 277). Напр: «pupilli pupillaeque, quum puberes esse coeperint tutela liberantur (pr. I. 1, 22; L. 1 C. 5, 60). Кромѣ того въ источникахъ нѣтъ ни одного примѣра опекуна при минорѣ, а выраженіе Каллистрата можетъ относиться къ нормальному случаю перехода опеки въ попечительство, но не будь этого перехода, опека все-таки съ совершеннолѣтіемъ опекаемаго прекращается. Если же другіе писатели (напр. Рудорфъ 1 стр. 411, Геймбахъ Rechtslex. 3 стр. 147) думаютъ согласить слова Каллистрата съ невозможностью опекуна для минора тѣмъ, что, начиная съ совершеннолѣтія опекаемаго, продолжаютъ только administratio bonorum въ тѣсномъ смыслѣ и negotiorum gestio (L. 2 C. 5, 43 сюда совсѣмъ не относится) прежняго опекуна, то вѣдь надо же и опредѣлить юридическій характеръ дѣятельности подобнаго лица. Опекуномъ онъ быть уже болѣе не можетъ (въ томъ они сознаются сами), переходъ въ попечители безъ предварительной петиціи немыслимъ, а представительство должно основываться на какомъ-нибудь предварительномъ актѣ, котораго не имѣется. Однимъ словомъ, мнѣніе это высказано на обумъ. Итакъ, если опекунъ не будетъ просить уже самъ попечителя для пріема отчетности, а сдастъ дѣла бывшему пупиллу, то и выступаетъ изъ опеки. Эта мысль подтверждается еще въ частности тѣмъ, что отвѣтственность опекуна post pubertatem pupilli распространяется только на послѣдствія его дѣятельности впродолженіи опеки (L. 5 § 5 D.; L. 7 § 13; L. 28; L. 39 § 12 D. 26, 7; L. un. C. 5, 48 срав. съ L. 5 § 6 D. 26, 7). Теперь положимъ, что всѣ дѣла пупилла велись наилучшимъ образомъ. Разумѣется, опекунъ въ такомъ случаѣ не будетъ отвѣчать ни за какіе убытки. Если же опекунъ спѣшилъ поскорѣе сдать совершеннолѣтнему пупиллу дѣла, от, разумѣется, не избѣгалъ своей отвѣтственности за убыточныя послѣдствія своего управленія, а слѣдовательно бывшій пупиллъ реститу-

ровался въ отпущеніи, данномъ опекуну. Конечно, разсматриваемый случай практически почти невозможенъ, но уже изъ другихъ мотивовъ. При возможности онъ разрѣшился бы непремѣнно въ этомъ смыслѣ.

2) Пріемъ уплаты долга (L. 7 § 2 D. 4, 4; L. 3 pr. D. 46, 8). Положимъ, что миноръ принялъ долгъ безъ соучастія попечителя. Будетъ-ли эта уплата недѣйствительна или даетъ только право на restitutio in integrum? Для позднѣйшаго времени сомнѣнія быть не можетъ: только въ томъ случаѣ предоставляется ему требовать снова того-же долга, если отъ уплаты первый разъ онъ не сдѣлался locupletior (напр. pecuniam solutam perdidit L. 7 § 2 D. 4, 4; L. 25 C. 5, 37; § 2 I. 2, 8). Сдѣлался же онъ locupletior, то по общему принципу, nemo cum alterius detrimento locupletior fit (L. 14 D. 12, 6: L. 206 D. 50, 17), вторичной уплаты онъ не получаетъ, а слѣдовательно актъ, какъ влекущій за собою извѣстныя фактическія послѣдствія, признается, не смотря на отсутствіе соучастія попечителя при его совершеніи. Если же уплата была минору невыгодна, то онъ только реституируется, т. е. обязывается возвратить полученное и снова требовать съ соучастіемъ попечителя должнаго. Признать же тутъ одну ничтожность акта (см. напр. Савиньи стр. 286) значитъ уже просто быть несправедливымъ по отношенію къ должнику.

3) Процессъ (§ 3 I. 1, 21; § 2 I. 1, 23; L. 1 § 3, 4 D. 26, 7; L. 4 C. 2, 27; L. 2, 3; C. 3, 6; L. 1 C. 5, 31; L. 11 C. 5, 34; L. 12 C. 5, 37 и т. д.). Положимъ, миноръ начнетъ процессъ, какъ истецъ, или отвѣтчикъ, безъ соучастія попечителя [1]). Какая будетъ сила судебнаго рѣшенія (rei judicatae)? Если миноръ выиграетъ процессъ, то по общему принципу о силѣ актовъ, совершенныхъ миноромъ безъ попечителя, но имѣвшихъ своимъ результатомъ исключительно одну прибыль, рѣшеніе судебное вступаетъ въ законную силу (L. 14 C. 2, 13.... minoribus et enim aetas in damnis subvenire, *non in rebus prospere obesse consuevit.*). Если же онъ проиграетъ, то спрашивается: признается-ли res judicata прямо недѣйствительнымъ, или же только минору предоставляется право на in integrum restitutio? Намъ кажется, что вѣрно будетъ только послѣднее. Если разъ допущенъ миноръ къ суду, то разборъ дѣла и постановленіе рѣшенія предпринимаются не съ предвзятой же мыслію о ничтожности ихъ (какъ выхо-

[1]) Если Келлеръ § 449 и Савиньи стр. 277 думаютъ, что преторъ не допуститъ минора къ суду безъ попечителя, то этому противорѣчитъ L. 14 C. 2, 13.

*

дило бы напримѣръ по мнѣнію Шрадера Comm. ad. § 2 L. 1, 23 на основаніи L. 45 D. 42. 1), а если и обращается въ ничто, то только силою другаго юридическаго акта, который въ данномъ случаѣ и будетъ restitutio in integrum. Послѣдовательно держаться противнаго, значитъ признать недѣйствительными и выгодныя послѣдствія процесса, а это уже противорѣчило бы L. 14 C. 2, 13 cit.

4) Усыновленіе (arrogatio) минора (L. 8 D. 1, 7; L. 5 C. 5, 59). Тутъ дѣло уже совершенно ясно. Положимъ, что миноръ усыновленъ безъ соучастія попечителя, вступилъ во всѣ отношенія filii arrogati, пробылъ въ этомъ положеніи года два и затѣмъ вздумалъ выступить изъ всѣхъ отношеній къ усыновителю. Признать ничтожность усыновленія можно только по извѣстному поводу, а поводомъ такимъ будетъ просьба о restitutio in integrum, такъ какъ фактически разорвать усыновленіе невозможно уже потому, что въ силу его наступили такія послѣдствія, которыя только и могутъ быть реституированы, какъ напр. всѣ отношенія по имуществу.

Наконецъ, все тоже можно сказать и о нѣкоторыхъ другихъ примѣрахъ. Напримѣръ, продажа минора безъ соучастія попечителя еще со временъ Закона Плеторія не имѣла никакой силы, а между тѣмъ если бы случилась подобная продажа, то миноръ имѣлъ бы право просить in integrum restitutio (см. Paulus (ed Böcking) L. 9 § 5 a, 7, 8).

И такъ всѣ случаи, требовавшіе необходимо соучастія попечителя, ничѣмъ не отличаются отъ прочихъ, когда миноръ вообще заключаетъ обязательственную сдѣлку. Сдѣлка прибыльна — она дѣйствительна; сдѣлка неприбыльна — дается право на in integrum restitutio propter minorem aetatem. Слѣдовательно, если бы даже и возможно было привести изъ источниковъ примѣры такихъ обязательственныхъ сдѣлокъ минора, по которымъ онъ получилъ бы только право на restitutio in integrum, — то все таки это еще не могло бы служить доказательствомъ признанной за нимъ дѣеспособности, такъ какъ эта restitutio in integrum могла бы касаться только послѣдствій акта, признаннаго недѣйствительнымъ. Въ источникахъ мы находимъ положительные примѣры restitutionis in integrum въ подобныхъ случаяхъ, такъ напр. minor quod absque tutore vel curatore vendidit vel obligavit dum ad legitimam aetatem venerit, restituitur ei (Collatio Proleg. XCIV. Lex. 1 Imp. Antonino A. Mucciano. Blume срав. съ L. 3 C. 2, 22).

Что дѣйствительно in integrum restitutio propter minorem aetatem не имѣла своимъ назначеніемъ въ позднѣйшемъ правѣ дѣлать

обязательственныя сдѣлки минора только расторжимыми, т. е. иначе свидѣтельствовать о дѣеспособности его по отношенію къ нимъ, — доказывается и самою исторіею этой реституціи. Ограниченіе дѣеспособности индивида измѣряется степенью законной силы его актовъ. Если слѣдовательно ограниченіе это, начиная съ закона Плеторія, принимало все большій объемъ, то, разумѣется, тѣ узаконенія, которыя имѣли своимъ содержаніемъ сильнѣйшее ограниченіе дѣеспособности, должны были быть и болѣе позднѣйшаго происхожденія. Между тѣмъ мы видимъ, что первоначально извѣстныя обязательственныя сдѣлки минора объявляются при извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствіяхъ вовсе ничтожными, а впослѣдствіи уже (въ концѣ республики [1]) преторскимъ правомъ объявляются эти же сдѣлки уже не ничтожными, а только расторжимыми, т. е. снова какъ бы расширяется дѣеспособность миноровъ. Въ наукѣ на это обстоятельство не обращено было вниманія. Впервые in integrum restitutio propter minorem aetatem было введено въ концѣ республики, слѣдовательно въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону Плеторія минору назначался попечитель, обязательственныя сдѣлки его только тогда и получали юридическую силу, когда заключались при соучастіи попечителя. Изъ этого же слѣдуетъ, что in integrum restitutio propt. min. aetatem введена была для охраненія имущественнаго интереса минора только въ такомъ случаѣ, когда миноръ не имѣлъ попечителя. Если же впослѣдствіи древнее попечительство сдѣлалось обязательнымъ для всѣхъ миноровъ и при заключеніи всѣхъ обязательственныхъ сдѣлокъ, то, разумѣется, и положеніе о юридической силѣ подобныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ миноромъ безъ соучастія попечителя, должно остаться одно и тоже, т. е. сдѣлки подобныя должны считаться ничтожными, а не расторжимыми. Это подтверждается и самимъ содержаніемъ restitutionis in integrum, сдѣлавшаго бы попечительство институтомъ совершенно лишнимъ, такъ какъ назначеніе его — охранять имущественный интересъ минора по устраненію невыгодныхъ послѣдствій заключенныхъ обязательствъ — достигалось бы и безъ него. Дѣйствительно въ Дигестахъ въ титулѣ de minoribus viginti quinque annis

[1]) Burchardi Wiedereinsetzung in d. v. St. стр. 209—215. Прежде думали (см. Heineccius Hist. jur. I, 99 въ прим., и др.), что закономъ Плеторія введено и restitutio in integrum propt. min. aet. Бурхардъ весьма основательно (см. Heineccius Antiquit. изданія Мюленбруха стр. 195) доказалъ, что restitutio in integr propt. min. aet. обязана своимъ происхожденіемъ словамъ преторскаго эдикта: quod cum minore viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam L. 1 § 1 D. 4, 4.

(Dig, 4, 4) право на restitutio in integrum предоставляется только такимъ минорамъ, которые заключали обязательственныя сдѣлки, не имѣя попечителей. Но такъ какъ послѣднее условіе немыслимо послѣ всего выше сказаннаго объ обязательности каждаго минора имѣть попечителя, то подобныя положенія объясняются только отсутствіемъ строгихъ началъ при составленіи Свода. Дѣйствительно, эти фрагменты принадлежатъ такимъ юристамъ, которые жили до Марка (L. 27 § 1 D. 4, 4. Гай, предполагаютъ, жилъ во времена Адріана). Другой же единственный фрагментъ, принадлежащій Ульпіяну (L. 7 § 1 D. 4, 4: proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coiit. si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succuretur), если и понимать въ томъ же смыслѣ, какъ и фрагментъ Гайя, то изъ слишкомъ большой общности выраженія и неопредѣленности средствъ охраны имущественнаго интереса минора (ei succuretur срав. слова «si mutuam pecuniam accepit» съ началомъ фрагмента Гайя; слова «si societatem coiit» съ L. 16 D. 4, 4; слова «si vendidit» съ L. 2 C. 2, 29; L. 3 C. 2, 44; L. 22 C. 5, 37; L. 3 C. 5, 74; Nov. 115 cap. 3 § 13 и т. д.), мы имѣемъ право заключить, что это было начало традиціозное, de facto уже не имѣвшее силы. Въ результатѣ же сказаннаго слѣдуетъ, что въ Юстиніановомъ законодательствѣ restitutio in integrum pr. min. aet. не примѣнялось къ обязательственнымъ сдѣлкамъ, заключеннымъ миноромъ безъ соучастія попечителя.

Нашъ выводъ о значеніи rest. in integr. въ Юстиніановомъ правѣ, должно быть, сознавали тѣ писатели, которые по обязательствамъ минора только не допускаютъ выполненія (см. напр. Schwannert стр. 381 прим. 64), или иначе, по нашему, обязательства минора не будутъ имѣть никакой юридической силы. Подобное положеніе очевидно лишаетъ минора всякой дѣеспособности по отношенію къ заключенію обязательствъ, а потому мы и не останавливаемся на указаніяхъ такой странной формулировки самого положенія, какъ: миноръ имѣетъ полное право заключать обязательственныя сдѣлки, но не отвѣчать по нимъ.

И такъ, единственное затрудненіе, которое могло представится логически необходимому выводу о дѣеспособности минора по назначенію попечительства, а именно обыкновенное пониманіе значенія in integrum restitutionis, мы можемъ считать вполнѣ устраненнымъ, такъ какъ in integr. restitut. мы можемъ себѣ представить или при сдѣлкахъ минора, неимѣющаго попечителя, или же для устраненія невыгодныхъ послѣдствій обязательственныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ

при соучастіи попечителя. Первый случай невозможенъ и даже не идетъ къ разсматриваемому вопросу; второе же признано положительными данными (см. напр. L. 2, 3, 5 C. 2, 25; L. 4, 5 C. 2, 27; D. 11 C. 5, 71 и т. п.), а слѣдовательно этими случаями и долженъ ограничиваться кругъ примѣненія in integr. restitutionis propt. min. aet. Признать противное, значитъ, какъ мы видѣли, стать въ непонятное логическое противорѣчіе.

Все заблужденіе новѣйшихъ писателей проистекало изъ одного основанія, изъ неопредѣленности выраженій источниковъ. Говорятъ о restit in integr. миноровъ, не упоминая находятся ли они подъ попечительствомъ или нѣтъ. Неопредѣленность эта объясняется, какъ мы видѣли, чисто историческимъ путемъ, но что въ позднѣйшимъ римскомъ правѣ никто изъ юристовъ не сомнѣвался, что рѣчь тутъ могла быть только объ актахъ, совершенныхъ съ соучастіемъ попечителя, свидѣтельствуетъ способъ выраженія позднѣйшихъ компиляцій римскаго права, по которымъ въ тоже время уже совершенно ясно самъ миноръ не допускался къ совершенію юридическихъ актовъ по своему-имуществу, будучи прямо отождествленъ по дѣеспобности съ пупилломъ. Такъ напр. lex Burgund. (tit 36 ed. Barkow) послѣ того, какъ упомянулъ, что всѣ миноры, которыхъ онъ называетъ пупиллами, необходимо состоятъ подъ попечительствомъ и допускаются только къ хозяйственнымъ распоряженіямъ своимъ имуществомъ (8-16 eod.), продолжаетъ: praeterea lapsis et circumscriptis pupillis integri restitutio subvenit, ut de nominatis rebus petita in integrum restitutione, quae male aut circumscriptorie in praejudicium suum *acta sunt* vacuentur (32-36 eod.). Ясно, что о примѣненіи in integr. rest. идетъ рѣчь во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда миноръ понесетъ по поводу какого либо акта имущественный ущербъ, а такъ какъ акты эти совершать имѣетъ право только попечитель одинъ или съ привлеченіемъ минора, но не одинъ миноръ, то неопредѣленность выраженія переходитъ въ полную его опредѣленность. Тоже видимъ и въ восточныхъ сборникахъ. Особенно ясны слова Attaliatae Synopsis (цитируемъ въ переводѣ Леунклавія tit. 5): minores sunt, usque dum 25 annus impletur et usque ad id tempus sub curatoribus sunt, et quaecunque tandem ab eis acta fuerint, sive in venditione, in locatione и всѣ прочія обязательства (см. предшествующій титулъ)—et in quibus circumscripti fuerint, hoc est, laesi suis in juribus, то предоставляется право на in integrun restitutio. Форма опять общая, но такъ какъ напр. договоръ продажи, заключенный миноромъ безъ со-

участія попечителя, просто ничтоженъ (L. 3. C. 2, 22), то объ in integrum restitutio въ данномъ отрывкѣ можетъ идти только тогда рѣчь, когда всѣ обязательства заключаются при соучастіи попечителя (см. Madihn principia jur. § 36).

Наконецъ, наше разсужденіе не можетъ оставить сомнѣнія, если упомянемъ означеніи т. н. досрочнаго объявленія полнаго совершеннолѣтія (venia aetatis), послѣдствіемъ котораго была отмѣна попечительства. Разсмотримъ какія права по отношенію къ имуществу предоставлялись лицамъ, получившимъ право venia aetatis. Venia aetatis вело за собою полное право распоряженія имуществомъ, совершенія на него всевозможныхъ гражданскихъ актовъ съ полною силою, веденія процесса (L. 10 C. 7, 62) и т. п. (см. Cod. Theod. 2, 17 de his, qui veniam aetatis impetrarunt; Cod. 2, 45 de his qui veniam aetatis impetraverunt). Per argumentum a contrario необходимо заключить, что этихъ правъ лица, находящіяся подъ попечительствомъ, не имѣли. Сослаться въ данномъ случаѣ на restitutio in integrum, какъ на особенность, сопровождающую каждый актъ минора, уже нельзя, такъ какъ вопервыхъ in integr. rest. выходитъ изъ положенія о полной юридической силѣ актовъ, а вовторыхъ venia aetatis была привиллегіею, конечно не во вредъ предоставляемымъ лицамъ, такъ какъ иначе полная свобода въ заключеніи гражданскихъ актовъ съ правомъ на реституцію ихъ въ случаѣ убытка должна была бы уже разсматриваться привиллегіею лицъ, находящихся подъ попечительствомъ, а попечительство такимъ институтомъ, которое не стѣсняло бы вовсе дѣеспособности, такъ что освобожденіе отъ него слѣдовало бы разсматривать, какъ наказаніе. Противорѣчіе очевидное.

Всѣ разсмотрѣнныя теоріи страдаютъ однимъ общимъ недостаткомъ: всѣ послѣдователи ихъ поглощены трудомъ разными умозаключеніями утверждать посредствомъ интерпретаціи тотъ или другой взглядъ, не обращая никакого вниманія на возможность примѣненія ихъ въ римской практикѣ, т. е. иначе, навязывая римскому праву то, чего въ дѣйствительности не было (см. Пухта Vorles. Beilag. 2). Мы же съ своей стороны выходимъ только изъ практики, такъ какъ, занимаясь теоретическимъ различеніемъ двухъ институтовъ, намъ, важно не то, что осталось, какъ традиціозный принципъ, а тѣ разбросанныя данныя, которыя въ цѣломъ составляютъ отмѣну этого принципа. Такъ, напримѣръ, въ общемъ принципѣ отцовская власть осталась до самыхъ послѣднихъ временъ, но если власть была такъ обстав-

лена, что юридическое выраженіе ея было невозможно, то неужели это не дастъ намъ права выставить для новѣйшаго римскаго права начало полной юридической самостоятельности дѣтей? Поэтому въ общемъ результатѣ, отвѣчая на вопросъ о дѣеспособности минора послѣ закона Марка, мы можемъ сказать, что въ этомъ отношеніи миноръ ничѣмъ не отличался, отъ пупилла. Для обоихъ было въ силѣ одно и тоже правило.... meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris (curatoris) auctoritate (consensu) deteriorem non aliter, quam tutore auctore (cum curatoris consensu) (pr, I. 1,21 см. Madihn Pancipia jur, § 36 и § 113; Leyser Meditat. ad Pand. Vol 5 стр. 520; Duarenus opera стр. 109 и др.). Это положеніе выразилось вообще въ отождествленіи минора съ расточителями (L. 3 C. 2,22), а такъ какъ этотъ послѣдній по L. 6 D. 45,1 могъ только пріобрѣтать сдѣлками безъ соучастія попечителя (stipulando sibi acquirere), но не обязываться (promittendo obligari non potest) не только непосредственно по имуществу, но и посредственно, т. е. лично, то изъ этого слѣдуетъ, что таже ограниченная дѣеспособность признавалась и за миноромъ. Это единственное положительное доказательство по источникамъ, такъ какъ напротивъ запрещенія минору совершать обязательственныя сдѣлки безъ соучастія попечителя въ источникахъ не имѣется (см. Höpfner Comm § 737). Но нѣтъ указаній и на противное. Единственное L. 101 D. 45,1 нами уже разсмотрѣно, а приводимые нѣкоторыми писателями (напр. см. Unterholzner Schuldverhält. 1 стр. 163; Савиньи Schutz стр. 287; Вангеровъ 1§ 291 прим. 2; Келлеръ § 449) L. 43 D. 44,7 и L. 141 § 2 D. 45,1 столь общи и неполны, что могутъ быть съ равной силой интерпретируемы въ пользу того или другаго мнѣнія. Первый фрагментъ читается: obligari potest paterfamilias suae potestatis, *pubes*, compos mentis pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili, servus autem ex contractibus, non obligatur (см. Cujacius Observ. XIX 33). Второй фрагментъ: «pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias esset, obligari solet.» Никто и не споритъ, что необходимымъ условіемъ для силы обязательственной сдѣлки требуется совершеннолѣтіе контрагента, но слѣдуетъ ли изъ цитированныхъ словъ, чтобы именно pubes minor XXV annis имѣлъ право обязываться sine curatoris consensu? Вѣдь если признать за этими словами смыслъ, исчерпывающій всѣ требованія личныхъ качествъ контрагента, то пришлось бы дозволить обязываться всевозможнымъ образомъ и расточи-

телямъ и перегринамъ-варварамъ и т. д. Также мало положительной достовѣрности имѣетъ разрѣшеніе (см. Рудорфъ 2 стр. 288) минору въ частности безъ соучастія попечителя уступать (Frag. Vat. § 326), обновлять обязательства (L. 9 pr. D. 46,2), отказываться отъ нихъ (L. 1 C. 2,28), вступать въ соглашеніе по поводу ихъ L. 96 §. 1 D. L. 2 C. 3,32). Я не останавливаюсь на интерпретаціи ссылокъ, но только предлагаю просмотрѣть ихъ, чтобы убѣдиться, на какихъ неопредѣленныхъ и произвольно интерпретируемыхъ выраженіяхъ строятся положительные выводы. Еще большее значеніе имѣетъ сказанное для тѣхъ ссылокъ, которыя встрѣчаются даже и не у всѣхъ писателей разсматриваемаго воззрѣнія. Съ нѣкоторыми изъ тѣхъ ссылокъ мы уже знакомы: см. напр. L. 7 pr. § 1,2 D. 4,4; L. 9 § 4 D. 12,2; L. 4 pr. D. 12,3; L. 3 § 2 D. 14,6; L. 20 § 1 D. 34,3. L. 1 § 13, 14 D. 36,1; L. 2 § 1 D. 50,12; L. 12 C. 6,30; L. 8 pr. C. 6,61. И такъ. мы можемъ остаться при прежнемъ убѣжденіи при полной бездоказательности по положительнымъ даннымъ того мнѣнія, что минору предоставлена была въ позднѣйшимъ правѣ полная свобода въ заключеніи безъ соучастія попечителя обязательственныхъ сдѣлокъ

Если въ заключеніе вкратцѣ свести всѣ разсмотрѣнныя выше воззрѣнія, то полная достовѣрность нашего положенія выступитъ еще рельефнѣе. Признать дѣеспособность минора по отношенію къ заключенію обязательственныхъ сдѣлокъ безъ соучастія попечителя, значитъ признать извѣстную юридическую силу за этими сдѣлками. Юридическая же сила ихъ выразится въ возможности законнаго выполненія. Если же поставить solutio по этимъ обязательствамъ въ зависимость отъ согласія третьяго лица, то это будетъ значить, что сдѣлка получаетъ юридическую силу уже только при соучастіи этого третьяго лица въ ея совершеніи. Если еще къ тому припомнимъ, что имущій миноръ по Юстиніанову своду не могъ существовать безъ попечителя, то, въ силу указаннаго сейчасъ требованія согласія попечителя на выполненіе обязательствъ минора, in integrum restitutio, какъ средство обезсилить обязательства, заключенныя миноромъ безъ соучастія попечителя, является совершенно излишнимъ.

Дѣйствительно, въ обширныхъ сводахъ Юстиніана нѣтъ почти ни одного фрагмента (сомнительные нами уже разсмотрѣны и устранены), который бы ясно высказалъ ту мысль, что minoritas служитъ поводомъ просить in integr. restitutionem по обязательственнымъ сдѣлкамъ только самого минора, а напротивъ можемъ привести множество ссы-

локъ въ доказательство того, что in integr. restitut. предоставлялось бывшему минору по актамъ, совершеннымъ ими при соучастіи попечителя (см. напр. L. 7 § 8; L. 38 pr.; L. 47 pr.; L. 49 D. 4, 4; L. 2, 3, 5 C. 2, 25; L. 4, 5 C. 2, 27; L. 11 C. 5, 71), а отсюда не ясно ли будетъ, что въ принципѣ для римскаго права мы должны признать расторжимость невыгодныхъ обязательственныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ при соучастіи попечителя, и полную ничтожность ихъ (см. Mühlenbruch Doctrin. Pand. § 591 not. 5; Büchel Civilrechtl. Erörterung. 2. Стр. 84 и др.), если этого соучастія не было на лицо, такъ какъ иначе попечительство было бы институтомъ совершенно излишнымъ по охраненію имущественнаго интереса минора: средства обезсилить невыгодныя послѣдствія оставались бы одни и тѣже, а слѣдовательно и исполненіе по этимъ сдѣлкамъ слѣдовало бы допустить и помимо согласія попечителя.

Но если, вопервыхъ, всѣ миноры необходимо состояли подъ попечительствомъ; если, во вторыхъ, значеніе этого попечительства выражалось въ томъ, что всѣ юридическіе акты самого минора по имуществу ничтожны, какъ и акты пупилла, то мнѣніе весьма многихъ новѣйшихъ писателей, вкратцѣ выраженное Варнкенигомъ, не имѣетъ никакого смысла: Puberes vero sed 25 an. minores jure quidem capaces esse intelliguntur. Quoniam vero ob imperitiam vel animi levitatem facile errant, vel aliorum fallaceis decipiuntur, hoc legum tutela fruuntur (Warnkoenig Comm. 1 Стр. 186). Всякое юридическое положеніе, съ точки зрѣнія положительнаго права, можетъ быть признано только въ такомъ случаѣ, когда оно не противорѣчитъ положеніямъ этого положительнаго права. Это знали и римляне, когда конституціею Θеодосія и Валентіана выразились такимъ образомъ: non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem (L. 5 init. C. 1, 14). Слѣдовательно, если положительнымъ правомъ объявлены юридическіе акты самого минора по имуществу ничтожными, то изъ этого положенія можетъ быть сдѣланъ одинъ только выводъ, а именно о полной недѣеспособности минора и предполагать, хотя только въ принципѣ, право минора на совершеніе подобныхъ актовъ съ полной силой будетъ противно словамъ того источника, который творитъ и лишаетъ каждаго дѣеспособности.

Въ результатѣ можемъ, слѣдовательно, сказать, что въ древности по принципу миноръ былъ вполнѣ дѣеспособенъ. Этой дѣеспособности не лишила его введенная преторскимъ правомъ in integrum restitutio

propter minorem aetatem, такъ какъ эта restituo in integrum выходила изъ предположенія полной дѣеспособности минора (см. Пухта Vorles. Beilag. 2), но когда вопросъ былъ поставленъ такимъ образомъ: признавать ли акты минора расторжимыми или ничтожными? Когда рѣшенъ этотъ вопросъ былъ въ послѣднемъ смыслѣ, тогда уже противно будетъ юридической логикѣ признать, не говоря уже дѣйствительную, но даже и предполагаемую дѣеспособность минора.

Итакъ, дѣятельность минора въ юридической сферѣ могла ограничиваться: 1) совершеніемъ актовъ, ведущихъ исключительно къ одной прибыли, и 2) заключеніемъ двустороннихъ обязательствъ, но съ такимъ результатомъ, что обязывался юридически только контрагентъ минора (см. Meyer § 17). При этомъ выводы изъ основнаго правила, nemo cum alterius detrimento locupletior fit, остаются все одни и тѣже, что и для пупилла (сравн. напр. L. 27 § 1 D. 4, 4 съ L. 64 D. 36, 1). А изъ всего этого выходитъ, что разницы въ дѣеспособности пупилла и дѣеспособности минора нѣтъ ровно никакой. Въ позднѣйшихъ компиляціяхъ римскаго права часто однимъ словомъ «pupillus» опредѣлялись лица, находящіяся какъ подъ опекою, такъ и подъ попечительствомъ (сравн. L. 239 pr. D. 50, 16 съ Lex Burgund. tit. 36, 8—16; 32—36 (ed. Barkow); § 3 L. 1, 11).

Много мѣшала ясному пониманію дѣла, какъ мы видѣли, неточность выраженій источниковъ, особенно по отношенію къ обязательственнымъ сдѣлкамъ. Неточность эта не можетъ быть поставлена въ вину римскимъ юристамъ, такъ какъ она условливалась всѣмъ ходомъ развитія институтовъ, представшихъ предъ нами, наконецъ, въ томъ, а не другомъ видѣ въ Юстиніановомъ Сводѣ. Задача же новѣйшаго ученаго юриста — выдѣлить этотъ историческій принципъ и угадать изъ отдѣльныхъ признаковъ новый, отмѣнившій вовсе если не de jure, то de facto старый. — Полная недѣеспособность пупилла была общимъ началомъ въ древнемъ Римѣ. Въ принципѣ она осталась и въ позднѣйшемъ правѣ, только съ признаніемъ пупилла и формальнаго собственникомъ опекаемаго имущества ему предоставлено было съ одной стороны формально принимать участіе въ совершеніи всевозможныхъ актовъ, а съ другой стороны — совершать акты, которыхъ сила признавалась только со стороны той прибыли, которая имѣлась въ результатѣ ихъ.

Напротивъ миноръ въ древнемъ Римѣ былъ вполнѣ дѣеспособенъ. Впослѣдствіи это было признано вреднымъ для его интереса, и началось ограниченіе его дѣеспособности непосредственнымъ путемъ,

чрезъ подчиненіе нѣкоторыхъ изъ нихъ попечительству, и посредственнымъ чрезъ принужденіе третьихъ лицъ на подчиненіе минора попечительству въ виду предоставленнаго ему права in integrum restitutio propt. min. aet. Такимъ образомъ еще задолго до закона Марка (см. выше слова Мецената у Діона Кассія) всѣ миноры de facto состояли подъ попечительствомъ. Маркъ это положеніе вещей утвердилъ общимъ закономъ. Послѣ же введенія curae perpetuae, какъ общаго правила для всѣхъ миноровъ съ одной стороны выполненіе, а потому и совершеніе обязательственныхъ сдѣлокъ безъ соучастія попечителя было немыслимо минору. Съ другой же стороны заботливость государства объ имущественномъ интересѣ миноровъ оставило средство уничтожать невыгодныя обязательственныя сдѣлки прежде вовсе безпомощныхъ, а теперь, хотя и охраняемыхъ, но все же не собственнымъ разумомъ, руководимыхъ собственнымъ интересомъ, а обязательственнымъ руководствомъ третьихъ, часто чужихъ лицъ. И такъ теперь уже minoritas сдѣлалась поводомъ уничтоженія невыгодныхъ обязательственныхъ сдѣлокъ, заключенныхъ только при соучастіи попечителя, т. е. случаи примѣненія in integrum restitutio при попечительствѣ были совершенно тѣже, что и при опекѣ (см. напр. L. 7 § 10; L. 29 pr. § 1; L. 38 pr. L. 45; L. 47 pr.; L. 49 D. 4, 4). Насколько признано было уже въ Юстиніановомъ Сводѣ тождество въ данномъ отношеніи между попечительствомъ и опекою, свидѣтельствуетъ способъ выраженій императорскихъ конституцій. Они всѣ почти, говоря о правѣ просить in integrum restitutionem propter aetatem, употребляютъ выраженіе «minores XXV annis» въ общемъ смыслѣ, подъ который слѣдовательно подходятъ и пупиллы. Послѣднее слѣдуетъ изъ того, что тутъ же упоминаются и tutores рядомъ съ curatores (см. напр. L. 2, 3, 5 C. 2, 25; L. 4 C. 2, 27).

И такъ сравнивая дѣеспособность минора съ дѣеспособностью пупилла по позднѣйшему праву, мы не можемъ не признать ихъ тождества. Въ силу же этого тождества 1) всѣ юридическіе акты того и другаго, не имѣющіе прямаго предположенія одной прибыли, требуютъ для полной законной силы соучастія третьихъ лицъ при совершеніи ихъ, т. е. соучастія опекуна или попечителя. 2) обязательственные акты, совершенные миноромъ или пупилломъ безъ соучастія этихъ лицъ, имѣютъ обязательную силу только для контрагентовъ (ab uno latere consistere, negotium claudicans (для пупилла см. L. 13 § 29 D. 19, 1; для минора см. L. 5 pr. D. 3, 3;

Paulus Recep. Sent. I, 9, 6). 3) вполнѣ дѣйствительные юридическіе акты, совершенные безъ соучастія опекуна или попечителя, только такіе, которые ведутъ исключительно къ одной прибыли пупиллу или минору. Полная отвѣтственность по подобнымъ актамъ опредѣляется размѣромъ этой прибыли, (L. 24 pr. D. 4, 4). Какъ непреложно проводилось начало полной недѣеспособности минора въ позднѣйшемъ правѣ, свидѣтельствуютъ такіе примѣры, на которые въ литературѣ не обращено вниманія, а которые между тѣмъ даютъ полное понятіе о воззрѣніяхъ римскихъ юристовъ на назначеніе попечительства—ограничивать дѣеспособность минора всѣми юридическими актами, которые только могутъ касаться его имущества. Такъ во первыхъ миноръ имѣлъ право вступать въ бракъ безъ соучастія попечителя (L. 20 D. 23, 2), но опредѣленіе приданаго, брачныхъ даровъ и вообще имущественной стороны брака требовало непремѣнно consensum curatoris (L. 22 C. 5, 37). Во вторыхъ постановленіемъ Клавдія усыновленіе минора требовало consensum curatoris (L. 8 D. 1, 7) только потому, что этотъ актъ влекъ за собой извѣстныя имущественныя послѣдствія (L. 11 § 2 D. 37, 11).

Въ заключеніе остается разсмотрѣть значеніе для вопроса о дѣеспособности минора тѣхъ актовъ, совершать которые имѣлъ право только миноръ. Примѣры эти приводились и приводятся часто въ доказательство того, что по дѣеспособности миноръ стоялъ выше пупилла.

1) Миноръ имѣетъ право вступить въ бракъ (L. 20 D. 23, 2; L. 8 C. 5, 4), а съ тѣмъ вмѣстѣ пріобрѣсти и всѣ права patris familias. Это преимущество минора предъ пупилломъ (L. 4 D. 23, 2) было чисто физическое (Gesterding Ausbeute т. 2 стр. 21). Въ древнія времена брачное совершеннолѣтіе не было опредѣлено извѣстнымъ возрастомъ, а опредѣлялось способностью къ брачному сожитію каждаго индивида (L. 14 D. 23, 1). Точно также не зависѣло отъ опредѣленнаго возраста и право обручаться (sponsalia L. 14 D. 23, 1). Только уже въ императорскія времена появились запрещенія брать дѣвицу моложе 12 лѣтъ, а съ подраздѣленіемъ возраста несовершеннолѣтія на infantia и infantiae majores и ограничено было право на sponsalia только индивидами послѣдняго подраздѣленія. Значеніе законнаго опредѣленія брачнаго совершеннолѣтія не въ томъ, что только за извѣстными лицами признается право вступать въ бракъ, а въ томъ, что до извѣстнаго возраста всѣ индивиды считаются неспособными состоять въ бракѣ, чѣмъ и объясняются подобныя узако-

ненія, какъ напр. кто женится на дѣвушкѣ моложе 12 лѣтъ, того бракъ считается закономъ только съ достиженіемъ жены брачнаго совершеннолѣтія (L. 4 D. 23, 2), а до того супруги считаются на правахъ обрученныхъ (L, 32 § 27 D. 24, 1) и всѣ отношенія между ними, какъ напр. по преданному (dos), расматриваются только съ этой точки зрѣнія (L. 11 § 3, 4 D. 27, 6; L. 30 D. 36, 2; L. 17 § 1 D. 42, 5). И такъ это преимущество минора не можетъ быть приводимо въ качествѣ преимущества юридической дѣеспособности, а только физической, почему въ тѣхъ случаяхъ семейнаго права, въ которыхъ это послѣдняя не требуется, пупиллы и миноры ничѣмъ неразличаются, такъ напр.: sponsalia tam inter puberes, quam inter impuberes contrahi possunt (Paulus Rec. Sent. 2, 19, 1) и притомъ только личное согласіе и тѣхъ и другихъ даетъ силу sponsalibus (L. 4; L. 6 D. 23, 1) [1]. Впрочемъ сказанное касается только согласія вступить въ бракъ; для всѣхъ же опредѣленій приданаго, брачныхъ даровъ и вообще имущественной стороны брака, какъ миноры, такъ и пупиллы обязаны были привлечь своихъ опекуновъ (L. 22 C. 5, 37).

2) Закономъ Элія Сенція минорамъ старше 20 лѣтъ разрѣшено было отпускать на волю рабовъ (§ 4 I. 1, 6; L. 1 D. 40, 1; Fragm. ex veter. Iurisconsulti § 13). До этого закона мы имѣемъ право предположить, что это право предоставлялось индивидамъ всякаго возраста, но не иначе какъ per vindictam и съ согласія начальства (L. 9 § 1 D, 26, 8). Затѣмъ снова введено было различіе, а именно предоставлялось отпускать на волю по завѣщанію только минорамъ старше 17 лѣтъ (§ ult. I. 1, 6), но затѣмъ снова это право предоставлено было и пупилламъ (Novel. 119 c. 2; Theoph. ad § 1 I, 14).

Итакъ право минора отпускать на волю рабовъ не составляетъ расширенія его дѣеспособности въ отличіе отъ дѣеспособности пупилла.

3) Въ правѣ минора составлять завѣщанія (L. 14 D. 28, 6; L. 4 C. 6, 22; Nov. 119 c. 2) лежитъ положительно единственное преимущество его предъ пупилломъ. Этотъ послѣдній въ принципѣ былъ вовсе лишенъ testamentifactio activa, какъ безъ соучастія, такъ и

---

[1]) Мейеръ стр. 66 полагаетъ необходимымъ согласіе опекуна на sponsalia пупилла, но не согласіе попечителя на sponsalia минора. Впрочемъ, своего положенія онъ не подкрѣпляетъ ссылками, а уже сама необязательная сила римскаго обрученія (L. 2 § 1, 2 D. 24, 2; L. 1 C. 5, 1) должна бы была ему подсказать и для опеки тоже, что и для попечительства.

съ соучастіемъ опекуна (Gaj. 2 § 113; Ulp. 20 § 12; Paul. 3, 4 a § 1; § 1 I. 2, 12; Theoph. ibiq., L. 12 § 2, 3 D. 26, 7; L. 1 § 1 D. 27, 3; L. 5 D. 28, 1; L. 2 D. 28, 6; L. 19; L. 1 § 8 D. 37, 11; L. 4 C. 6, 22), хотя собственно принципъ этотъ и не выдержанъ строго. Основаніемъ права минора составлять завѣщанія и даже безъ соучастія попечителя (L. 20 § 1 D. 34, 3; L. 4 C. 6, 22) это—признанный по традиціи за всѣми puberes полный intellectum. Послѣ конституціи Марка уже нельзя говорить о довѣріи къ полному разуму минора. Фактъ преимущества минора въ этомъ отношеніи предъ пупилломъ умѣряется тѣмъ, что и послѣднему предоставлялось иногда составлять завѣщательныя распоряженія. Такъ пупиллъ имѣлъ право на manumissio testamentaria (см. выше), а въ частныхъ случаяхъ съ разрѣшенія главы государства ему могла быть разрѣшена и полная testamentifactio (L. 7 D. 28, 1) [1]). Съ другой стороны если взять во вниманіе весь ходъ развитія опеки и попечительства, то не трудно замѣтить, что будь больше систематики догматической, а не исторической у редакторовъ Свода, они должны бы были лишить вовсе права составлять завѣщанія, какъ пупилла, такъ и минора, и притомъ сдѣлать это, не выходя изъ традиціи, а просто изъ установившагося уже во времена Юстиніана воззрѣнія на минора, какъ на индивида почти съ такимъ же недостаткомъ душевныхъ качествъ, какой приписывали и пупилламъ. Если во мнѣ отрицается способность разумно совершать акты при жизни, то какое основаніе предполагать просвѣтленіе душевныхъ моихъ качествъ при совершеніи актовъ на случай смерти?

4) По L. 1 § 13, 14 D. ad. Setum Treb. 36, 1 миноръ имѣетъ право на restitutio hereditatis безъ соучастія попечителя и даже самому попечителю, напротивъ пупиллъ на это права не имѣетъ безъ соучастія опекуна, а въ случаѣ реституціи самому опекуну, то даже и при соучастіи его. Но право минора на свободное restitutio hereditatis не можетъ служить мѣриломъ его дѣеспособности, такъ какъ restitutio не составляетъ такого акта, который могъ бы извѣстнымъ

[1]) Были, правда, и другія исключенія въ Юстиніановомъ правѣ, но свѣдѣнія о нихъ такъ темны, что положительно невозможно опредѣлить настоящій ихъ характеръ; да съ другой стороны всѣ они отмѣнены еще до Юстиніана, такъ что упомянуть о нихъ будетъ въ интересѣ историческихъ, а не догматическихъ свѣдѣній. Такъ напр. весталки получали право составлять завѣщанія даже во время несовершеннолѣтія (Gell. 1, 12; см. Sozomenus Hist. Eccles. L. 1 cap. 9). Тоже право имѣли и несовершеннолѣтніе tribuni militum (L. f. C. 6, 21; Suetonius in August. 38), а со времени Константина также и лица, вступающія въ монашество (Sozomenus Hist. Eccles. eod.).

образомъ отразиться на имуществѣ (см. L. 1 § 2 D. 36, 1), а потому общимъ правиломъ было: necessaria non est auctoritas ad restitutionem (см. L. 1 § 13, 14 D. 36, 1). Если же для реституціи пупилломъ въ частности постановлено иначе, то это только чисто формальное требованіе, не опредѣляющее мѣры его дѣеспособности. Тоже можно сказать и о другихъ иногда приводимыхъ примѣрахъ на ту же тему (см. напр. L. 26 C. 5, 37; L. 12 C. 6, 30; L. 8 pr. C. 6, 61).

О всѣхъ же упомянутыхъ примѣрахъ, равно какъ и о другихъ, нами не упомянутыхъ (напр. принесеніе присяги L. 9 § 4 D. 12, 2; L. 4 D. 12, 3), мы можемъ еще сказать, что они не имѣютъ никакого отношенія къ вопросу объ опекѣ и попечительствѣ. Объ соучастіи опекуна или попечителя въ этихъ случаяхъ не можетъ быть собственно и рѣчи не потому, что законъ не ограничиваетъ дѣеспособности минора или пупилла требованіемъ этого соучастія, а потому, что по природѣ своей эти акты требуютъ непремѣнно выраженія личной воли аукторовъ, не стѣсненной ничьимъ согласіемъ на это выраженіе; иначе же отчего бы было и не разрѣшить напр. пупиллу tutore auctore писать завѣщанія, приносить присягу? Итакъ даже предполагая дѣйствительное преимущество минора (хотя напр. относительно права приносить присягу, вѣрнѣе было бы принять одинаковое право пупилла и минора см. L. 26 pr. D. 12, 2; Iacobson Rechtslex. 3 стр. 636), по отношенію къ совершенію этихъ актовъ, мы не можемъ ссылаться (какъ напр. Мейеръ, Heimbach Rechtsl. 3 стр. 215, 216) на него при разсмотрѣніи вопроса о дѣеспособности пупилла или минора подъ опекой и попечительствомъ, такъ какъ сфера опеки и попечительства на эти случаи не распространяется.

Итакъ положеніе о полномъ тождествѣ дѣеспособности минора и дѣеспособности пупилла остается пока все тоже, подкрѣпляемое еще подобными выраженіями, какъ напр. *s. sicut* pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, *ita* et adultus curatore consentiente... (L. 2 C. 3, 6).

Но отождествляя дѣеспособность минора съ дѣеспособностью пупилла, мы имѣемъ, конечно, въ виду дѣятельность только чисто юридическую, т. е. совершеніе по имуществу только юридическихъ актовъ, такъ какъ акты чисто хозяйственные непремѣнно принадлежали къ дѣятельности самого совершеннолѣтняго минора.

Въ новѣйшей литературѣ (см. напр. Глюкъ §§ 1298, 1298 a, 1304, 1340; Wening § 403 Mackeldey § 588; Zöpfl стр. 46; Löhr. Mag. 3 § 6; Савиньи Schütz стр. 285 и др.) господствующее положеніе, что по

отношенію къ управленію имуществомъ (administratio bonorum въ обширномъ смыслѣ) дѣятельность опекуна ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности попечителя. Слѣдовательно въ частности тоже слѣдуетъ сказать и объ объемѣ этой дѣятельности. Но такъ какъ источники положительно упоминаютъ о самостоятельной дѣятельности минора, то въ смыслѣ господствующаго мнѣнія выраженія эти могутъ быть причислены, какъ дѣйствительно и причислялись, къ доказательствамъ самостоятельной *юридической* ихъ дѣятельности, а потому необходима оговорка.

Источники, трактуя объ опекунскомъ управленіи, не различаютъ юридическаго и неюридическаго характера въ его дѣятельности. Нельзя сомнѣваться, что къ опекунскимъ обязанностямъ принадлежало кромѣ заключенія всевозможныхъ юридическихъ актовъ (напр. см. L. 5 pr. § 9; L. 7 § 1, 11; L. 9 § 5; L. 23; L. 46 § 5 D. 26, 7; L. 22 C. 5, 97) по опекаемому имуществу и всѣ хозяйственныя, вовсе неюридическія, распоряженія имъ (напр. L. 12 § 3; L. 32 §§ 2, 3 D. 26, 7; L. 22 § 4 C. 5, 37). Такъ поводъ къ назначенію попечительства надъ безумными (mente capti) Варронъ (De re rust. L. 1 c. 2) мотивируетъ слѣдующими словами: duo imprimis spectasse videntur Italici homines colendo, possentne fructus pro impensa ac labore redire, et utrum saluber esset locus an non. Quorum si alterutrum decollat et nihilominus quis vult colere, mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus. Nemo enim sanus debet velle impensam as sumtum facere in culturam, si videt non posse refici. Слѣдовательно, гдѣ не представляется повода отнять хозяйственное распоряженіе, тамъ оно и остается за собственникомъ имущества (Gaj. I § 197), а такъ какъ всѣ несовершеннолѣтніе съ малыми оттѣнками разсматривались какъ mente capti (§§ 8, 9, 10 I. 3, 20), то на нихъ и должны быть распространены слова Варрона. Напротивъ совершеннолѣтніе обоихъ половъ, но minores XXV annis, обладали уже вполнѣ intellectum, но только не опытностью чисто юридическою; почему подвергались опасности понести убытки по совершеннымъ ими юридическимъ актамъ, этого, конечно, не было повода не предоставить имъ управленіе своимъ хозяйствомъ. Такъ дѣйствительно они и считались у Римлянъ способными sobrie rem suam administrare (L. 11 § 4 D. 4, 4).

Вспомнимъ, что мужчина perfectae aetatis (L. 25 § 1 D. 22, 3) могъ быть судьею (Gaj. 1 § 102; Gell. 5, 19; Valer. Max. 5, 4; L.

57 D. 42, 1); могъ быть декуріономъ, хотя и съ ограниченіями (L. 6 § 1 D. 50. 2 L. 8 D. 50, 4) повѣреннымъ (Paulus I 9 § 2. Gell; X, 28; L. 1 § 3 D. 3, 1 и др.), торжественнымъ свидѣтелемъ при актахъ, совершаемыхъ per aes etlibram (V testes cives romani puberes § 6 I. 2, 10; L. 3 § 5; L. 19 § 1 D. 22, 5); могъ приносить присягу (L. 4 pr. in fin. D. 12, 3; L. 1 C. 2, 30); вступать въ бракъ (L. 20 D. 23, 2) и слѣдовательно получать всѣ права patrisfamilias распоряжаться судьбою своего имущества на случай смерти (L. 4 C. 6, 22). Послѣ этого странно было бы не признать за минорами хотя бы только хозяйственной опытности и знаній. Что дѣйствительно такъ и было, даетъ намъ совершенно ясное свидѣтельство одинъ неюридическій писатель: Feminas — a duodecim annis masculum vero a duobus amplius *ad negotia mittunt* (Tertull. de virg. veland. 11). Въ такомъ же смыслѣ слѣдуетъ понимать и выраженіе Бургундской компиляціи римскаго права: pupillus sub curatore positus facultatem suam gubernare debebit (Lex Burgund. tit. 36, 8—16 ed. Barkow), т. е. миноръ даже обязывается заниматься своимъ хозяйствомъ. Чтобы убѣдиться въ подобномъ смыслѣ цитированныхъ словъ см. весь tit. 36. Кромѣ того, наше положеніе подтверждается въ частности и тѣмъ, что опекуномъ надъ совершеннолѣтней женщиной могъ быть и безумный и несовершеннолѣтній (Gaj. 1 §§ 176—181; Ulp. XI §§ 20—22), которые, разумѣется, въ хозяйственныя распоряженія опекаемой вмѣшиваться не могли. И такъ negotiorum gestio curatoris minorum XXV annis касалось только юридической дѣятельности, какъ напр. отчужденія (Gaj. 2 § 95; L. 12 § 1 D. 26, 7; L. 13 § 1; L. 35 D. 41, 1; L. 1 § 20 D. 41, 2; L. 3, C. 7, 32), отдачи денегъ въ займы (L. 2 D. 26, 7; L. 20 C. 2, 19), отдачи имущества въ залогъ (L. 11 § 6 D. 13, 7, пріемъ всевозможныхъ уплатъ (L. 7 § 3 D. 17, 10) и т. д. Напротивъ, чисто хозяйственныя распоряженія, какъ напр. наблюденіе за рабами, за зданіями, необходимыми репаратурами, за обработкою полей (L. 46 pr. D. 26, 7) и т. д. даже необходимо должны были составлять предметъ заботы самого минора (см. L. 22 C. 5, 37). Тѣ фрагменты (напр. § 2, 4 см. также L. 32 §§ 2, 3 D. 26, 7; L. 3 D. 50, 9), которые говорятъ о хозяйственныхъ распоряженіяхъ, относятъ ихъ къ обязанностямъ одного только опекуна, между тѣмъ какъ, говоря о чисто юридической дѣятельности по управленію упоминаютъ и попечителей (§ pr. § 1 и т. д.).

Все сказанное имѣло цѣлью только устранить недоразумѣніе, воз-

буждаемое не всегда понятымъ чтеніемъ источниковъ. Мы разъяснили ихъ въ томъ смыслѣ, что предоставили функціи опекуна по содержанію custodia (L. 7 § 1; L. 30 D. 26. 7; L. 1 § 21 D. 37, 9), по улучшенію и увеличенію опекаемаго имущества (L. 7 §§ 3, 11; L. 9 pr. L. 12 § 4. L. 13 § 1; L. 48 D. 26, 7 и т. д.) самому минору. Подобнымъ разъясненіемъ цитированные источники лишаются всякаго значенія въ вопросѣ объ юридической дѣеспособности минора [1]).

Въ силу же прежде сказаннаго дѣеспособность минора ничѣмъ не отличается отъ дѣеспособности пупилла, а такъ какъ дѣеспособностью опекаемыхъ лицъ опредѣляется характеръ обязанностей опекающихъ, то между опекой и попечительствомъ мы не можемъ признать никакого различія.

Общее противоположеніе опеки попечительству мы разсмотрѣли на частныхъ видахъ того и другаго, впрочемъ самыхъ полныхъ ихъ выраженіякъ; а именно для опеки мы взяли tutela impuberum, для попечительства cura minorum. Чтобы не оставить никакого сомнѣнія, что все сказанное о различіи этихъ частныхъ видовъ того и другаго института относится въ общемъ точно также и ко всѣмъ остальнымъ ихъ видамъ, т. е. слѣдовательно исчерпываетъ вполнѣ вопросъ о различіи институтовъ въ цѣломъ,—то посмотримъ, въ какомъ отношеніи находятся остальные виды того и другаго къ разсмотрѣннымъ.

Если основною формою опеки мы приняли опеку надъ *несовершеннолѣтними*, то, въ силу этого основанія, другой единственный видъ Римской опеки будетъ опека надъ *совершеннолѣтними*, т. е. совершеннолѣтними женщинами (tutela mulierum, tutela sexus). Правда, въ Юстиніановомъ законодательствѣ больше не упоминается объ этомъ видѣ опеки, но такъ какъ Юстиніаново законодательство объ опекѣ только сводъ трудовъ юристовъ классическаго періода, положенія которыхъ распространялись и на этотъ видъ опеки, опредѣленія о которомъ мы только и знаемъ изъ трудовъ особенно Гая, Ульпіяна; слѣдовательно, опека надъ несовершеннолѣтними должна оттѣняться въ своемъ характерѣ опекою надъ женщинами въ различіи или тож-

[1]) Наглядно это можно доказать на тѣхъ примѣрахъ, когда попечителю надъ миноромъ принадлежатъ и хозяйственныя распоряженія, напр. въ случаѣ отсутствія минора, или раздѣленія между попечителями управленія по разбросаннымъ на дальнемъ разстояніи имѣній минора (напр. L. 100, D. 46, 3; L. 5 C. 5, 59). Едва-ли кто сталъ бы сомнѣваться въ однообразномъ характерѣ подобнаго попечительства со всѣми прочими.

дествѣ между ними. Но мало того, вопросъ объ отношенiи tutelae sexus къ аналогичнымъ формамъ надзора за имущественнымъ интересомъ не ограничивается отношенiемъ къ одной опекѣ надъ несовершеннолѣтними.

Какъ дальше увидимъ, исторiя опеки надъ совершеннолѣтними женщинами характеризуетъ, съ одной стороны, постепеннымъ ослабленiемъ строгаго древняго характера ея, а съ другой переходомъ ея для женщины minoris XXV annis въ попечительство. Слѣдовательно, кромѣ вопроса объ отношенiи tutelae sexus къ опекѣ надъ несовершеннолѣтними необходимо разсмотрѣть отношенiя ея и къ попечительству.

ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО НАДЪ ЖЕНЩИНАМИ.

Вся исторiя опеки надъ женщинами состоитъ въ постепенномъ смягченiи положенiя, принятаго въ наукѣ Римскаго права за фактъ, а именно, что женщина по непризнанной за нею дѣеспособности состояла всю свою жизнь подъ опекой. Мотивомъ подобной пожизненной опеки выставляютъ то стремленiе сохранить имущество въ семьѣ, т. е. поколѣнiи patrisfamilias, то въ переходѣ на агнатовъ власти покойнаго patrisfamilias (*Giraud* въ Revue historique 1866 за iюль стр. 323 и 4; Ihering Geist 2 стр. 155. Laboulaye Recherches стр. 25, 65 и слѣд.; Rein. стр. 250), то въ обоихъ и въ правѣ наслѣдованiя и подчиненiя отцовской власти (см. Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Rom. jusqu'a nos jours стр. 64), то полное отрицанiе способности за женщиною къ политической жизни (Le Fort Essai historique sur la tutelle en droit romain стр. 23). Какого изъ этихъ основанiй tutelae sexus дѣйствительно держались Римляне, будетъ вопросомъ историческаго факта; намъ же важно только выяснить настоящiй характеръ этой опеки, помимо внѣшнихъ поводовъ ея назначенiя.

Точныхъ данныхъ о древнѣйшемъ положенiи женщинъ мы вовсе почти не имѣемъ. Всѣ теорiи строятся путемъ обратнаго умозаключенiя отъ настоящаго къ прошедшему, отъ извѣстнаго къ неизвѣстному. Дѣйствительно, другой путь едва ли возможенъ. Отъ временъ республиканскихъ до насъ дошли только такiя данныя, изъ которыхъ мы можемъ вывести одно безспорное заключенiе, что дѣйствительно женщины подвергались пожизненной опекѣ. Впервые высказанное XII таблицами, оно повторялось у Тита Ливiя и особенно у Цицерона. Но способъ выраженiй этихъ писателей столь общъ, а слѣдовательно для насъ теменъ, что исключительно ограничиваться интер-

дуетъ, что tutela mulierum была тождественна съ tutela impuberum, что и требовалось доказать.

Обратимся теперь къ тѣмъ особенностямъ, которыя подали поводъ сомнѣваться въ этомъ тождествѣ:

Такъ, опекунъ надъ женщинами имѣлъ право уступить опеку другому. Правда, это in jure cessio tutelae допускалось только при tutela feminarum (Ulp XI § 6 §8; XIX § 11; Gaj. 1 §§ 168, 171, 172; Schilling Bemerkungen über röm Rechtsgesch. Стр. 51 [1]) и то только для одного ея вида—legitima feminarum tutela. Почему допускалось cessio tutelae только одного вида опеки надъ женщинами, а не дозволялось cessio tutelae pupillaris и прочихъ видовъ опеки надъ женщинами; какъ напримѣръ fiduciariae muliebris tutelae? Основанія, проводимыя какъ источниками, такъ и новѣйшими цивилистами, весьма неубѣдительны. Такъ напримѣръ, Гай выражается (Gaj. 1 § 168): «pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, *quia non videtur onerosa* (въ изданіи Бёкинта читается annosa. Мы принимаемъ чтеніе Хольвега), cum tempore pubertatis finiatur (см. Schweppe Röm. Rechtsgeschicht. § 428). Но тягостный характеръ tutelae pupillaris ясно признанъ въ Дигестахъ (L. 3, 31 D. § 27, 1). Также неосновательно его объясненіе и втораго случая (Gaj. I. § 172 см. Рудорфъ 1 Стр.

полненію Сегеромъ (Historia jur. Rom. de tutelis et curat. § 3) опредѣленія опеки Сервія (L. 1 pr. D. 26, 1) словами:... eamve, quae propter sexum, послѣ словъ: qui propter aetatem suam, — считаю произвольнымъ. Изъ какихъ мотивовъ отрицалась за женщинами дѣеспособность, это вопросъ посторонній; дѣло только въ томъ, что въ гражданскомъ правѣ она разсматривалась какъ несовершеннолѣтняя (извѣстный возрастъ, опредѣленный 12 годами, установленъ былъ только для опредѣленія физической дѣеспособности). Если слѣдовательно для женщины не было перехода, опредѣляемаго какимъ нибудь образомъ, изъ несовершеннолѣтія въ совершеннолѣтіе, то она, естественно, и разсматривалась въ своемъ первоначальномъ состояніи, т. е. состояла несовершеннолѣтней, а потому и опека назначалась къ ней не propter sexum, а propter aetatem.

[1]) Иногда предполагаютъ, что первоначально in jure cessio допускалось каждой tutelae legitimae (см. напр. Hugo Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte стр. 119 и Heidelb. Zeitsch. за 1823 г. стр. 953), но это только одно предположеніе и притомъ невѣроятное, такъ какъ нельзя найти основаній, почему во время Ульпіяна и Гайя in jure cessio признано уже несоотвѣтствующимъ характеру одного только вида tutelae legitimae. Gans Scholien Z. Gajus стр. 192 распространяетъ положеніе о cessitia tutela и на опеку надъ несовершеннолѣтними лицами женскаго пола, но такъ какъ опека надъ женщинами всякаго возраста въ древности была однообразна, то заключенія о прочихъ видахъ опеки по закону отсюда еще дѣлать нельзя).

201; Scheurl Beiträge z. Bearb. des röm Rechts XIII Стр. 4). Новѣйшіе писатели (напр. см. Рудорфъ 1 Стр. 201; Пухта Cursus § 297), выходя изъ связи права на наслѣдство съ правомъ на опеку (см. Huschke de privileg. Fecen. Hispal. Стр. 55; Schwerpe Röm. Rechtsgesch. § 428; Demangeat 1 Стр. 349), объясняютъ преимущество tutoris legitimi (agnati, patroni, parentes) именно этою надеждою на полученіе наслѣдства по смерти опекаемой. Дѣйствительно, сама по себѣ взятая tutela legitima muliebris легко можетъ получить это преимущество въ отличіе отъ опеки по завѣщанію, такъ какъ разсматривая ее, какъ jus, т. е. имущество, мы можемъ предоставить опекунамъ уступать ее. Но вопервыхъ таже связь между правомъ на наслѣдство и правомъ на опеку признается тѣми же писателями и за остальными видами tutelae legitimae; вовторыхъ in jure cessio tutelae не есть отчужденіе, какъ напримѣръ in jure cessio hereditatis, а только предоставленіе, такъ сказать, осуществленія опеки (exercitio tutelae см. Pugge Welche Wirkung tritt ein wenn der Usufructuar den Ususf. etc. въ Rheinisch. Museum 1827 г. 1 Iahrg. Стр. 150 и Note 10. тоже еще раньше Schulting Стр. 596 прим. 23; см. т. Schilling Bemerk Стр. 56), или такъ называемая субституція (см. Scheurl Beiträge XIII Стр. 7, 8), притомъ даже въ виду невознаградимости (въ чемъ могла состоять «benefice» законной опеки, какъ выражается Giraud стр. 324? см. L. 33 § 3. 26, 7; L. 1 § 6, 7 D. 27, 9) опеки, вообще неимѣющая никакой имущественно выгодной стороны, какъ напримѣръ при уступкѣ ususfructus. Что cessione tutelae переходила на tutor cessitius не сама опека, а только отправленіе ея обязанностей ясно изъ того, что со смертью какъ законнаго опекуна, такъ и tutoris cessitii, опека возвращалась опять къ законнымъ наслѣдникамъ пупилла; также какъ и въ случаѣ, если cessitius tutor уступитъ опеку третьему лицу (Gaj. 1 § 170; Ulp. XI § 7). Изъ этого мы дѣлаемъ заключеніе, что хотя бы древняя опека и составляла право исправляющаго ее, то это право все таки было неотчуждаемое, какъ право на опеку и пупилловъ мужескаго рода. Вопросъ-же, почему эта cessio tutelae встрѣчается именно только при tutela legitima muliebris (Gaj. 1 § 171; Ulp. XI § 8), разрѣшается, какъ намъ кажется, весьма просто: опека надъ женщинами въ силу ея пожизненности предоставляла болѣе случаевъ, чѣмъ кратковременная tutela pupillaris, временныя затрудненія ея отправленіи, какъ напримѣръ отъѣздъ, болѣзнь опекуна и такъ далѣе. Это-же основаніе высказано и Гайемъ

въ выше цитированномъ I § 168 in fin, но не какъ главное, а только поясненіе словъ: quia non videtur onerosa. Не будь этой связи, то объясненіе Гайя должно быть признано вполнѣ достовѣрнымъ. Отчего вмѣсто того, чтобы каждый разъ обращаться къ претору съ просьбою назначить опекуна ad interim, было гораздо проще предоставить право довѣрять опеку родственникамъ же пупилла. Что именно только агнатамъ уступалось legitima tutela (см. Gothofredus od L. 2 Th. C. de tutor et curator 3, 16) а постороннимъ никогда (Giraud Стр. 324 думаетъ противное), хотя изъ чтенія Гайя и Ульпіана прямо вывести и нельзя (Scheurl стр. 9), но все таки изъ того обстоятельства, что cessitia tutela прекращалось чрезъ capitis deminutio minima tutoris cessitii (Gaj. I § 170), мы, кажется, можемъ принять это за правило [1]); кромѣ того въ пользу этого положенія го-

[1]) Возраженіе Шейерля стр. 8 и 9 не имѣетъ по нашему понятію никакого смысла. Шейерль выходитъ изъ сравненія L. 7 pr. D. (4, 5) съ Gaj. II § 96. По первому фрагменту слѣдуетъ, что опека уничтожается capitis deminutione minima, если она defertur personis subjectis или даже filiiofamilias, а между тѣмъ по словамъ Гайя:.... «his, qui in potestate, manu, mancipipiove sunt, nihil in jure cedi posse». Слѣдовательно, выходитъ, что опека по закону прекращается чрезъ capitis deminutio minima только такихъ лицъ, которымъ она не могла быть и недирована. Но этому выводу окончательно противорѣчитъ обыкновенное теперь пониманіе L. 7 pr. D. 4, 5 (см. напр. Пухта § 345 not. e; Рудорфъ 3 стр. 238). Фрагментъ этотъ читается: tutelas etiam non amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in jure alieno personis positis deferuntur* (множество чтеній этого фрагмента см. Huschke въ Rhein Museum 7 стр. 148 и слѣд.). Igitur testamento dati vel ex lege, vel ex Seto erunt nihilominus tutores. Sed Legitimae tutelae ex XII tabulis intervertuntur eodem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Прежде всего должно сказать, что курсиво-напечатанныя слова относятся только къ tutela legitima, какъ это слѣдуетъ совершенно ясно изъ перевода ихъ въ Василикахъ (XLIV, 2, 6): πλὴν τῶν ἀπο τοῦ δωςεκαςέγτον (см. Ulp. XI § 17; § 4 I. 1. 22). Опека же по закону не можетъ прямо переходить къ filiis familias или вообще personis sebjectis, т. е. дальнѣйшимъ агнатомъ помимо ближайшихъ, а потому слова курсиво-напечатанныя понимаются распространительно, т. е. для агнатавъ qui remanserunt in potestate usque ad mortem patris, какъ говоритъ Схоліастъ (Heimb. Basil. IV стр. 555 schol. 4 см. § 4 I. 22; § 2 I. 3, 4; L. 5 § 5 D. 26, 1. L. 11, D. 27, 3; L. 2 C. 54; 30: ad agnatos pupilli *jure legitimo* solicitudinem tutelae pertinere, *nisi capitis deminutionem sustinuerin*, manifest issimum est). Этому толкованію не противорѣчитъ и Гай своимъ общимъ выраженіемъ въ I § 170. Другаго рода попытки интерпретировать L. 7 pr. D. cit. см. у Глюка 31 стр. 139 not. 26 и Вангерова I. § 288. Итакъ L. 7 D. cit. прекращаетъ опеку чрезъ capitis deminutio не personarum subjectarum, а агнатовъ вообще (L. 2 C. 5, 30 Діоклетіанъ и Максим. Позднѣе съ уничтоженіемъ значенія агнатства было конечно иначе (§§ 1, 15 I. 1, 16; § 4 I. 1, 24; Nov. 118 c. 5).

воритъ и безденежность уступки, интересъ въ которомъ могутъ имѣть только родственники, а не постороннее лицо. Если же это вѣрно, то этимъ объясняется, почему, напримѣръ, не допускалось уступки tutelae fiduciariae muliebris, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ она была послѣдствіемъ capitis deminutio minima, а слѣдовательно объ агнатствѣ не могло быть и рѣчи, также какъ и о правѣ на наслѣдство. Итакъ, право уступки не составляло такой особенности tutelae legitimae, muliebris, которая могла бы вліять на внутренній характеръ ея, а слѣдовательно отличать ее отъ tutelae pupillaris.

Обратился къ другой особенности tutelae feminarum, *Tutoris optio* впервые ясно упоминается въ Sstum de Bacchanalibus (Liv. 39, 19) [1]), хотя темные (Mommsen Stadtsrechte von Salpensa. Стр. 460 прим. 5) намеки встрѣчаются нѣсколько и раньше (*Plautus Trucul.* IV, 4 V. 6). Въ чемъ состояла эта tutoris optio, было вопросомъ спорнымъ, хотя господствующее мнѣніе, начиная съ монографіи *Huschke* (см. выше, см. *Löhr* (Magazin III p. 418 и слѣд.), держится такого смысла, что optione tutoris предоставлялось женщинѣ извѣстной торжественной фразой (Titiae uxori meae tutoris optionem do. . . Gaj. 1 § 150) выбирать себѣ то или другое лицо въ опекуны. Итакъ скажемъ объ условіяхъ tutoris optio, а за тѣмъ и о характерѣ ея.

1) Tutoris optio предоставлялась только женщинамъ. Сомнѣваться въ этомъ положеніи давала поводъ дѣйствительно неопредѣленная редакція legis Malacitanae (Cap. 22: qui quaeve, ex hoc lege,... civitatem romanam consecutus consecuta erit, is ea in ejus, qui civis romanus hoc lege factus erit potestate, manu, mancipio; cujus esse deberet, si civitate mutatus mutata non esset, esto, idque jus tutoris optandi habeto, quod haberet, si a cive romano ortus orta, neque civitate mutatus mutata (Bruns fontes стр. 95). Интерпретируемъ, конечно, въ предположеніи подлинности закона (см. Zell въ Heidelb. Iahrb. der Lite. за 1856 г. п. 33; *Laboulaye* Les tables de bronze de Malaga et de Salpensa traduit. et annot.; напротивъ *Ascher* notice sur les tables de Malaga Revue 1866 г.), по которой выходило, будто и мужчины получали право optio tutoris этого мнѣнія былъ Laferriére Histoire de droit français t. VI p.

---

[1]) Извѣстный вопросъ de privilegiis Feceniae Hispalae (Huschke 1822 г.) «Utique Feceniae Hispalae datio, deminutio, gentis enuptio, *tutoris optio* item esset, quasi vir ei testamento dedisset. Utique ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset (Liv. чтеніе Drakenborchii).

168). Но съ одной стороны во всѣхъ остальныхъ источникахъ это право приписывается однѣмъ только женщинамъ (*Gaj.* I § 150, § 151, § 152), а съ другой стороны нельзя не согласиться съ интерпретаціею знаменитаго французскаго знатока Римской древности Жиро (Revue historique de droit français et Etranger. 1866 за Іюль стр. 320. см. также *Mommsen* Stadtrecht der lateinismn Gemeinde, Salpensa und Malaga, Leipzig. 1855. s. 450 aus den III B. der Abhandl. der könig. sächsisch Gesellsch. der Wissenschaft, также *Laboulaye* p. 170 и слѣд.), по которой изъ самаго чтенія фрагмента optio tutoris будетъ относиться только къ Ea, т. е. mulier.

2) Не всѣ женщины могли получать это право, а только вдовы по завѣщаніямъ ихъ мужей (Gaj. 1 § 250; Liv. 39, 19:.. uti tutoris optio item esset *quasi ei vir testamento dedisset* (Huschke стр. 55) и то только въ томъ случаѣ, когда состояли въ бракѣ cum manu (Huschke Fec. H. стр. 55; Mommsen стр. 460). Послѣднее и условливало право супруга въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ заботиться объ опекѣ жены, такъ какъ въ противномъ случаѣ опека эта принадлежала, какъ впродолженіи брака, такъ и по прекращеніи его, агнатамъ жены. Этимъ объясняется, почему съ исчезновеніемъ формы строгаго брака, исчезла и tutoris optio. Такъ confarreatio во времена Гайя употреблялось только для брака Flamines. Coemptio правда еще упоминается Гайемъ и Ульпіяномъ, какъ дѣйствующая форма брака, но уже въ конституціяхъ, вошедшихъ въ Ѳеодосіевъ Сводъ, нѣтъ и про нея помину. Объ *usus* Гай выражается: sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est (см. De Fresquet p. 161 и слѣд.).

Вмѣстѣ съ этимъ дѣлалась и tutoris optio невозможною, такъ что ни въ одномъ сборникѣ Законовъ (о § 115 Frag. Vat. см. De-Fresquet p. 162) не упоминается про нее ни однимъ словомъ.

Зная условія tutoris optio, не трудно вывести и настоящій ея характеръ. Optio эта предоставлялась завѣщательнымъ распоряженіемъ человѣка, который имѣлъ право даже просто назначить опекуна. Слѣдовательно не будетъ ли tutela optiva просто условною завѣщательною опекою (Heineccius ad Leg. Iul. et Pap. Popp. стр. 237; Huschke de priv. F. H. стр. 51 и слѣд.; Löhr Magazin XII стр. 418, 419; Рудорфъ 1 стр. 275), [1]), т. е. опекою, осуществленіе которой бу-

---

[1]) Да и въ извѣстныхъ намъ источникахъ tutèla optiva разсматривается всегда въ связи съ tutela testamentaria см. *Gaj.* I § 150 § 154. Пере-

детъ зависѣть отъ будущаго выбора, предоставленнаго завѣщаніемъ (какъ напр. см. L. 23 D. 26, 2: illi aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto. Съ тою только разницею, что выборъ здѣсь на сторонѣ опекуна). Она также обязательна какъ и всякая другая, но только съ преимуществомъ выбора самой пупиллы себѣ извѣстнаго лица въ опекуны. Другіе (*Savigny* стр. 334) полагаютъ, что tutela optiva есть также tutela dativa, но только съ преимуществомъ опекаемой представленія въ опекуны извѣстнаго лица на усмотрѣніе претора. Но изъ характера льготъ, предоставляемыхъ tutoris optione, слѣдовало бы вывести обязательную confirmatio (*Huschke* стр. 51, *Zimmern* стр. 871) представляемыхъ лицъ, а по этому уже одному нельзя признать тождества tutelae optivae est dativae, такъ какъ послѣдняя и называется такою опекою, которая назначается начальствомъ въ случаѣ, если нѣтъ лицъ, готовыхъ принять на себя опеку по закону или по завѣщанію (Pr. I. 1, 20).—Во всякомъ случаѣ намъ важно только то, что по обоимъ воззрѣніямъ tutela optiva не считается за особый самостоятельный видъ опеки; почему и не упоминается у Ульпіяна въ перечисленіи ея видовъ (отвѣтъ для *Hugo* Rechtsgesch. 5 Ausg. § 188 Not. 1). Отрицая же самостоятельное значеніе tutelae optivae, мы не можемъ, на основаніи чисто внѣшнихъ особенностей, утверждать и особенность внутренняго ея характера, а отсюда слѣдуетъ, что tutoris optio не можетъ служить признакомъ, отличающимъ ее отъ tutela impuberum.

Только у Цицерона (*Cic.* ad Att. VI 1 и Улпіяна XI § 17) встрѣчаемъ мы еще одну особенность tutelae sexus, а именно право опекуна по завѣщанію отказаться отъ опеки. Нѣкоторые писатели (напр. Schweppe Röm. Rechtsgesch § 429; Heimbach Rechtslex. Weiske 13 стр. 691; Giraud стр. 324 и др.) ограничиваютъ право отказа отъ опеки только mulierum testamentariis tutoribus. При этомъ ссылаются на единственное почти свидѣтельство Ульпіяна XI § 17, болѣе или менѣе ясное, которое читается такъ: «Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam; sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor; abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse: in jure cedere autem tutelam testa-

---

ходъ и отъ tutela optiva въ legitima называется словами: quibus testamento tutor datus non sit. Хотя правда споръ quot sint genera (species) tutelarum и неизвѣстно чѣмъ былъ рѣшенъ, такъ что въ число quinque genera Квинта Муція весьма вѣроятно входила tutela optivaa, какъ самостоятельный genus (см. Gajus I § 188).

mente datus non potest; nam et legitimus in jure cedere potest, abdicare se non potest». Изъ буквальнаго чтенія этого фрагмента мы не имѣемъ права ограничивать abdicatio только опекой надъ женщинами, но съ другой стороны нельзя не сознаться, что распространять право отказа на tutela impuberum останавливаютъ многія недоразумѣнія. Такъ, какъ согласить право добровольнаго отказа отъ опеки съ строго опредѣленными закономъ случаями excusationis (de excusationibus tutor et curat I. 1, 25; Dig. 27, 1 id.) и nominationis potioris (см. Рудорфа 2 § 97)? Если въ принятіи опеки устранялся произволъ назначеннаго въ завѣщаніи опекуна, то какое основаніе дозволить принятую опеку хоть тотчасъ же оставить по произволу? Но если очевидно право отказа отъ завѣщательной опеки стоитъ въ явномъ противорѣчіи съ обязанностью каждаго гражданина принимать опеку, за исключеніемъ случаевъ, поименнованныхъ въ самомъ законѣ, то слѣдовало бы привести мотивы, почему совершенно ясныя слова Ульпіяна могутъ относиться только къ tutela mulierum. Въ перечисленіи случаевъ excusationum въ источникахъ ни однимъ словомъ не намекается на ограниченіе ихъ опекою надъ несовершеннолѣтними и что этого ограниченія дѣйствительно не было, подтверждается тѣми отдѣльно-поименованными случаями, которые могутъ относиться только къ опекѣ надъ женщинами, напримѣръ въ случаяхъ брака, обрученія (§ 19 I 1, 25; L. 14 D 27, 10; Frag. Vatic. § 201; L. 2 C. 5, 34). И такъ право abdicationis стало бы въ такое же явное противорѣчіе съ положеніями объ excusationis и nominatio potioris, какъ и при tutela impuberum. А между тѣмъ указываютъ на проведенную аналогію между abdicatio и in jure cessio, на исчезновеніе обѣихъ съ уничтоженіемъ tutelae sexus. Дѣйствительно, право на abdicatio необходимо изъ чтенія цитированнаго фрагмента ограничить одною tutelae sexus, но искать мотивовъ этого ограниченія въ особенностяхъ сущности этой опеки было бы трудомъ напраснымъ. Намъ кажется, что вопросъ разрѣшается весьма просто изъ чисто внѣшнихъ обстоятельствъ. Выше было сказано, что только tutela legitima агнатовъ прекращается capitis deminutione опекуна. Прекращеніе это условливается самымъ открытіемъ опеки лицу, находящемуся въ извѣстныхъ родственныхъ отношеніяхъ къ пупиллу; слѣдовательно, выступая изъ этихъ родственныхъ отношеній, онъ уже и не можетъ быть опекуномъ по закону. Общимъ правиломъ capitis diminutio не уничтожаетъ обязанности отправлять опеку по завѣщанію (Ulp. XI § 17; § 4 I. 1, 22), такъ какъ способъ ея открытія

уже не зависитъ отъ состоянія лица въ тѣхъ или другихъ семейныхъ отношеніяхъ къ пупиллу. Но за то было достаточно другихъ причинъ, чтобы вообще и опекуну по завѣщанію предоставить право abdicatio послѣ capitis diminutio. Такъ первоначально tutela testamentaria носила непремѣнно добровольный характеръ со стороны лица, принявшаго ее на себя. Опредѣлялась она въ началѣ на обѣщаніи наслѣдователю пещись объ его сиротахъ, что и утверждалось его завѣщаніемъ [1]). Только мало по малу выработалось понятіе объ опекѣ, какъ общественной повинности, а не обязанности однихъ сородичей. Исторія развитія этого понятія обозначилась довольно ясно въ нашихъ источникахъ. Опека была извѣстна уже въ то время, когда Римское государство представляло изъ себя федерацію обособленныхъ родовъ, представители которыхъ и составляли правительство (см. *Fustel de Coulanges* La Cité antique chap. X). При этой обособленности, разумѣется, во-первыхъ опека могла опредѣляться какъ обязанность однихъ членовъ рода, а слѣдовательно, во-вторыхъ всякое принужденіе къ отправленію этой обязанности членовъ другаго рода не могло быть допущено. Вотъ почему первые слѣды того понятія, что опека есть общественная обязанность, обозначились уже только во времена распаденія родоваго быта. Общимъ положеніемъ впервые это было высказано законами Атилія и Юлія Тиція, развитые впослѣдствіи цѣлой системой excusationum и potioris nominationis, хотя выработка этого начала принадлежитъ практикѣ преторовъ, которые въ частныхъ случаяхъ не могли и раньше оставлять безпомощными лицъ, не подпадавшихъ опекѣ по закону. Повторяю: если бы опека съ древнѣйшихъ временъ разсматривалась какъ обще-гражданская повинность, то въ законахъ Атилія и Юлія Тиція не было бы и надобности. Если сказанное нами вѣрно, то testamentaria tutela могла быть только добровольная (Воззрѣніе на завѣщаніе, какъ на законъ, обязательный всѣмъ гражданамъ (см. Рудорфъ I стр. 335 и еще раньше Ноодтъ

---

[1]) Этимъ я не желаю сказать, чтобы Римское Право допускало tutela pactitia (см. диссертацію Хейнекція de tutela pactitia seu conventionali Lips. 1777. Краткая исторія вопроса у Хеймбаха въ Rechtslex. 13 стр. 701 и слѣд.), тѣмъ болѣе, что для древности такой pactum былъ вовсе немыслимъ, но обѣщаніе имѣло характеръ дозволенія назначить себя въ завѣщаніи опекуномъ (§ 9 I. 1, 26; L. 29 D. 26, 2; L. 15 § 1 D. 27, 1; L. 18 § 1 D. 48, 10). Правда, цитированные фрагменты говорятъ только о вліяніи этого обѣщанія на право excusationis, но когда еще не было понятія excusationis, то оно могло касаться только добровольнаго принятія опеки по завѣщанію.

Comm. ad. L. 26 tit. 2 и Hasse въ Rhein Museum за 1828 стр. 156—158) я оставляю безъ возраженія), благодѣяніемъ состороны опекуна опекаемому, а въ силу того нельзя было стѣснять и свободу отказа отъ нея, какъ для опекуновъ надъ женщинами, такъ и для опекуновъ надъ пупиллами. Впослѣдствіи же съ измѣненіемъ взгляда на опеку вообще, какъ на повинность, обязательную для всѣхъ гражданъ, право на abdicatio одной опеки надъ женщинами вытекала изъ чисто внѣшнихъ обстоятельствъ, почему эта особенность вліять на внутренній характеръ tutelae sexus не могла. Такъ abdicatio возможно было уже по принятіи опеки, слѣдовательно въ виду охраненія интереса пупилла, какъ единственной цѣли опеки справедливѣе было оставить быть можетъ на весьма короткій уже срокъ того же опекуна, чѣмъ подвергать застою и убыткамъ дѣла въ силу всякихъ случайностей, замѣнивъ одно лицо другимъ. Для tutela же sexus, какъ perpetua, разумѣется, этого мотива выставить было нельзя, а потому вотъ изъ чисто внѣшняго обстоятельства, продолжительности опеки, объясняется право опекуна на abdicatio, право въ принципѣ не отвергаемое и для опекуна надъ пупиллами. И такъ и abdicatio не составляетъ такого характеристичнаго признака, который условливался бы или обусловливалъ особенности внутренняго характераопеки надъ женщиной.

Въ связи съ только что разсмотрѣнною особенностью опеки надъ женщинами, намъ необходимо остановиться на интерпретаціи одного отрывка изъ Цицерона, на которомъ строились такія особенности tutelae sexus, съ которыми мы въ силу нашего общаго положенія согласиться никакимъ образомъ не можемъ. Такъ Цицеронъ говоритъ (Topic. cap. 4): Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam diminuit non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari, adjungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari. Этому отрывку посвящались цѣлыя монографіи (см. Hoffmann Versuch eine Stelle des Cicero, Topicor. Cap. 4 zu erklären въ Zeitschrift f. gesch. Rechtswissensch. 3; Savigny Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstütel. Ibidem.), помимо того, что въ общихъ сочиненіяхъ по римскому праву считалось за почти необходимое непремѣнно интерпретировать его болѣе или менѣе оригинальнымъ образомъ (см. напр. Gans Scholien z. Gajus стр. 214 и слѣд.; Löhr Magazin 3 стр. 424 и слѣд.). Надъ интерпретаціею этого отрывка и создавалась вся исторія опеки надъ женщинами. Но въ сущ-

ности все разногласіе сосредоточивалось не на буквальномъ смыслѣ, а на объясненіи этого буквальнаго смысла, объясненіи, которое уже и не имѣло фактической подкладки. Такъ, начиная съ Гофманна, всѣ согласны, что въ цитированномъ фрагментѣ Цицерона рѣчь идетъ о предполагаемомъ правѣ составлять завѣщанія женщинѣ, подвергшейся capitis diminutionis. Кромѣ того согласны и въ томъ, что эта capitis diminutio (конечно, minima, потому что media и maxima лишали права составлять завѣщанія) могло быть слѣдствіемъ conventio in manu mariti, которое могло вести къ tutoris optio, и coemtio evitandaé legitimae tutelae causa; послѣднее же вело къ fiduciaria tutela (Schweppe Röm. Rechtsgeschicht. § 434 прим. 4), т. е. значитъ при tutela optiva и fiduciaria женщина получала возможность составлять завѣщанія (см. рецензію въ Heidelb. Zeitschr. за 1821 г. стр. 478). Дѣйствительно эта общая мысль не противорѣчитъ самому тексту фрагмента; но въ самыхъ частностяхъ выясненія этой мысли полный хаосъ, который едва ли когда либо разрѣшится, такъ какъ всякія эти объясненія изъ отрывка не вытекаютъ, другихъ болѣе или менѣе ясныхъ указаній въ источникахъ не имѣется, а одною отвлеченною логикою мало что сдѣлаешь, когда вопросъ идетъ о константированіи неизвѣстнаго историческаго факта.

Такъ, напримѣръ, извѣстно, что для составленія завѣщанія требовалось соучастіе опекуна. Но вѣдь опекуны могутъ быть не только legitimi, въ интересѣ которыхъ было не давать auctoritatem (*Gaj* I § 192), но и testamentarii, которымъ какъ, можетъ случиться, людямъ совершенно постороннимъ, безъинтересно кому достанется имущество pupillae. Слѣдовательно по ясному разсужденію допустить tutelam testamentariam надъ женщинами, значитъ допустить безсмыслицу въ требованіи Цицерона для силы завѣщанія опекаемой женщины capitis diminutio. Поэтому, чтобы избѣжать этого противорѣчія, Савиньи (а за нимъ и *Löhr* Magazin XII и I стр. 3 прим. 1) отрицаетъ вообще tutela mulieris testamentaria. Слѣдовательно, вопросъ: была ли для женщинъ въ древности завѣщательная опека? Отвѣтъ долженъ быть утвердительный, но доказательства не въ одномъ свидѣтельствѣ Гайя I § § 144-149 и Ульпіяна (XI § 17), какъ полагаетъ Гансъ (Scholien стр. 211), свидѣтельствѣ, которое можетъ быть при извѣстномъ пониманіи отнесено только къ классическому періоду, а въ ложности пониманія значенія tutelae legitimae. На основаніи связи права на наслѣдство съ правомъ на опеку другіе ученые (напр. Hoffmann стр. 323. Ihering Geist 2 стр.

155 De Fresquet Manus p. 142; Laboulaye стр. 25,65 и слѣд. Рудорфъ 3 стр. 246,247 др.) дошли до воззрѣнія на tutela legitima какъ на тормазъ для выхода женщины замужъ а слѣдовательно и выхода ея имущества изъ рода, такъ какъ coemtio, какъ civile negotium, и usus требовали auctoritatem tutoris. Изъ этого же слѣдуетъ, что бракъ sine manu долженъ былъ бы быть болѣе общимъ и даже единственною формою брака въ предположеніи общечеловѣческой черты эгоизма, по которому никто не рѣшится пожертвовать своимъ интересомъ добровольно, т. е. ближайшій наслѣдникъ не дастъ своего auctoritatem на выходъ опекаемой замужъ cum manu, который велъ и къ переходу всего имущества ея въ родъ мужа (*Gaj.* 2 § 86, 96, 98; 3 § 83, 84, 163; Ulp. 19 § 18; L. 6 § 2 D. 6, 1). Мнѣ могутъ возразить, что опекаемая можетъ быть неимущею, но я не допускаю опеку надъ неимущими (см. ниже). Итакъ по воззрѣнію Ихеринга обыкновенною формою брака въ древнемъ Римѣ должна быть nuptiae sine manu. Но это уже противорѣчитъ всей исторіи римскаго семейнаго права, которое, выходя изъ понятія полнаго деспотическаго владычества patrisfamilias надъ всѣми домочадцами, а въ томъ числѣ и женою, разсматриваемою какъ filiae loco habita. (*Gaj*: I § 111.), допускало въ принципѣ только бракъ съ conventio in manu mariti (см. *Rossbach* Röm. Ehe стр. 157; Karlowa *Die Formen d. Rom Ehe u. Manus* стр. 69) всѣ же остальныя формы брака составляли уже смягченіе этого строгаго. (см. статью *De Fresquet* въ Revue historique за 1856 г. (De la manus en droit romain) и *Wolowski* въ Revue de legislation. t. 43). Дѣйствительно, даже предъ тѣми немногими данными, которыя дошли до насъ, мнѣніе Ихеринга не выдерживаетъ критики. Единственная опора этого мнѣнія въ словахъ Цицерона (*Cic.* pro Flacco cap 34 см. Scholia Bobiensis къ cap. 34,1). По поводу спора о наслѣдованіи по смерти вольноотпущенной между ея мужемъ и патрономъ Цицеронъ высказываетъ положеніе, что бракъ пупиллы cum manu можетъ имѣть мѣсто только при соучастіи въ его совершеніи tutoris sexus. Но если съ одной стороны соучастіе такого опекуна дѣлаетъ бракъ per coemtionem, per trinoctii usurpationem дѣйствительнымъ, то съ другой стороны въ виду интереса опекаемой въ немъ опекунъ не можетъ и отказать. Такъвопервыхъ опекунъ по отношенію къ браку связывался волею отца опекаемой (Frag. Vat. § 202.), во вторыхъ постановленіемъ семейнаго свѣта (*Gell.* Noct V 13; *Cic* pro Cluentio cap 5; Liv IV, 9; L. 1 C. 5,4; L. 1 § 1,

2 Th. C. 3, 7; L. 11 § 3 Th. C. 3, 5). Въ случаѣ же если опекунъ расходился во мнѣніи съ родственниками опекаемой, то въ третьихъ онъ связывался постановленіемъ властей (примѣръ спора матери съ опекуномъ см. у Liv 4,9; L. 1 C. 5,4). Наконецъ, даже первый шагъ къ признанію свободнаго брака, usus (Karlowa стр. 66) давалъ возможность женщинѣ, вопреки согласію опекуна или родителей, обратить первоначальный бракъ sine manu въ бракъ cum manu: ей стоило только не воспользоваться правомъ trinoctii см. Gaj. 1 § 111. Macrob. Sat. 1,3: lege non isse usuraptum mulierem quae e. q. s.) Послѣ этого понятно, почему тотъ же Цицеронъ высказывается за полную свободу пупиллы вступать въ бракъ (Cic pro Cluentio cap 5) и часто о чисто формальномъ значеніи auctoritatis interpositionis опекуна (Cic. pro Murena cap. 12).

Итакъ нельзя не согласиться съ тѣми писателями, которые не видятъ въ опекѣ по закону препятствія для выхода, какъ пупиллы, такъ и ея имущества изъ рода, а изъ этого слѣдуетъ, что излишне было Савиньи и др. ограничивать возможность этого выхода только случаемъ опеки по завѣщанію и по этому мотиву не признавать послѣднюю для женщинъ. Изъ самаго же способа выраженія Гайя слѣдуетъ, что эта tutela не есть что либо новое для его времени, а потому нѣтъ основанія и отрицать ея существованіе во всѣ времена, начиная съ извѣстнаго выраженія XII таблицъ: uti legassit super pecunia *tutelave suae rei* ita jus esto Heineccius Antiquit. V 13 § 18; Ejusd. Ad Legem Jul. et Pap. Popp. стр. 236).

Но интерпретація того же фрагмента Цицерона подала поводъ другимъ писателямъ (напр. *Гансъ* Schol. стр. 214) высказать о завѣщательной опекѣ надъ женщинами такую мысль, которая сдѣлала ее теперь уже совсѣмъ излишнею. Чтобы уничтожить противорѣчіе Савиньи и въ тоже время не стать въ разрѣзъ съ мыслію о возможности для женщины составить завѣщаніе безъ capitis deminutio, такъ какъ tutor testamentarius не остановится надъ auctoritas, они не допускаютъ, чтобы отецъ могъ назначить въ завѣщаніи опекуномъ другаго, обойдя лицо, имѣющее на то уже право по закону, т. е. tutorem legitimum. Основаніе этого положенія та мысль, что трудно предположить желаніе отца о переходѣ имуще-

[1]) Напр. Huschke (стр. 286) допускаетъ въ данномъ случаѣ принужденіе опекуна къ auctoritatis interpositio на томъ основаніи, что manus принадлежитъ къ личному праву, на которое не распространяется опека. Напротивъ, см. Гансъ cit и Le-Fort (стр. 24).

*

ства въ чужой родъ. Но *во-первыхъ* древнее положеніе о связи права на опеку съ правомъ на попечительство понимается не въ томъ смыслѣ, что, ставъ опекуномъ, я пріобрѣтаю и право на наслѣдство, а въ томъ смыслѣ, что, будучи ближайшимъ наслѣдникомъ, я имѣю обязанность принять на себя опеку; а отсюда слѣдуетъ, что предполагаемое опасеніе patrisfamilias о переходѣ имущества въ чужой родъ съ назначеніемъ опекуномъ посторонняго лица неосновательно. *Во-вторыхъ* къ чему составлять особое завѣщательное распоряженіе, особенно въ виду древней ихъ затруднительной формальности, когда желаемое лицо будетъ непремѣнно опекуномъ по закону? Если же завѣщательное распоряженіе будетъ касаться лица того же рода, но не законнаго наслѣдника пупилла, то этотъ не будетъ уже tutor legitimus, а tutor testamentarius. Итакъ, мы полагаемъ полную возможность существованія для женщинъ опеки по завѣщанію. Если ученые (напр. Savigny стр. 335, *Löhr* Magaz. 3 стр. 418 № 1.) въ доказательство противнаго ссылаются на Liv. 34, 2: «Majores nostri *nullam*, ne privatam quidem rem, agere foeminas sine auctore voluerunt: *in manu esse parentum, fratrum, virorum*», — то они упускаютъ изъ виду, что, признавая исчерпывающую полноту этихъ словъ, они тѣмъ ограничиваютъ право на опеку агнатами — только боковыми родственниками второй степени. Никто не отрицаетъ, что въ цитированныхъ словахъ Ливія только одинъ frater, какъ агнатъ, можетъ быть опекуномъ надъ женщиною, но изъ этого не слѣдуетъ, что агнатство ограничивается одними братьями, а какъ скоро всѣ агнаты допущены къ tutela legitima, то и цитированіе Ливія не говоритъ ничего, какъ въ пользу, такъ и не въ пользу разсматриваемаго вопроса.

Итакъ, послѣ всего сказаннаго о тѣхъ признакахъ, которые приводились въ доказательство теоретическаго различія опеки надъ женщиной отъ опеки надъ несовершеннолѣтними, въ общемъ мы не можемъ не согласиться съ Гансомъ, допускавшимъ различіе только въ продолжительности и нѣкоторыхъ несущественныхъ признакахъ (faktische Zufälligkeiten) первой (Scholien zum Gajus стр. 183, 184). Особенно вѣскимъ свидѣтельствомъ считаютъ (см. Heidelb. Zeitschrift за 1823 г. стр. 953) фрагменты Гайя (I § 146 и особенно § 148). Но это полное тождество мы ограничиваемъ только древнимъ характеромъ опеки надъ женщиной, такъ какъ въ позднѣйшемъ правѣ между tutela pupillorum pupillarumque и tutela mulierum было уже очень мало общаго въ теоретическомъ отноше-

ніи, чѣмъ объясняется и различіе названій для опеки надъ женщинами различнаго возраста, которое различіе (Ulp. XI § 25; I § 17; Gaj. I § 189), какъ скоро увидимъ, только и могло появиться въ позднѣйшемъ правѣ. Поэтому ошибаются тѣ писатели, которые на позднѣйшихъ признакахъ строятъ постоянное различіе опеки надъ взрослой женщиной отъ опеки надъ несовершеннолѣтними вообще (см. Рецензента въ Heidelb. Zeitschrift за 1821 г. стр. 477). У Гайя и Ульпіяна вполнѣ ясно выразилось древнее ихъ тождество въ подобныхъ фразахъ: filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet (*Gajus* I § 144); или.... feminis autem tam impuberibus, quam puberibus Ulp. XI § 1).

Но уже за долго до Гайя и Ульпіяна выдѣлилась множествомъ особенностей опека надъ совершеннолѣтними женщинами и постепенно приближалась отчасти (опека надъ женщинами — минорами) къ переходу въ попечительство, отчасти (опека надъ женщинами majores XXV annis) къ полной отмѣнѣ.

Единственный намекъ на смягченіе въ республиканскія времена однообразной, строгой опеки надъ женщинами мы находимъ у Цицерона, но намекъ столь темный, что едва ли когда-либо остановятся писатели на той или другой его интерпретаціи: «Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur» (Cic. pro Murena Cap. 12). Буквальный смыслъ совершенно ясенъ: предки считали необходимымъ подвергать женщинъ власти опекуновъ, а юристы изобрѣли такой видъ опеки, который наоборотъ подчинялъ опекуновъ власти женщинъ. Но спрашивается, въ чемъ же заключалась эта новая опека? Большинство новѣйшихъ писателей думаютъ видѣть намекъ на tutoris optio (Heineccius Antiquit. стр. 171 not. 9; Ejusd. ad Legem Iul. et Pap. Popp. стр. 237; Zimmern стр. 871; Савиньи Geschicht. d. Geschlechtstut. стр. 342, Giraud и др.). На предположеніяхъ мы не останавливаемся, такъ какъ смыслъ словъ Цицерона въ связи съ другими выраженіями его же тотъ, который только намъ и нуженъ. Уже въ концѣ республики tutela sexus потеряла свой прежній строгій характеръ. Отъ императорскихъ временъ мы имѣемъ уже совершенно ясные слѣды постепеннаго исчезновенія этого вида опеки.

Въ вопросѣ о постепенномъ исчезновеніи tutelae feminarum [1])

[1]) Мы не останавливаемся на вопросѣ о причинахъ уничтоженія опеки надъ женщинами, такъ какъ послѣдствія этого уничтоженія говорятъ о

особенно важно опредѣлить значеніе Legis Claudiae. Ульпіянъ (11 § 8 см. т. Gaj. I §§ 157, 171) передалъ намъ содержаніе этого закона словами:... feminarum.... legitimas tutelas lex Claudia *sustinet* (Ватиканскій манускриптъ), excepta tutela patronorum. Множество было, до открытія полнаго Гайя, попытокъ опредѣлить значеніе этихъ словъ и особенно слова «sustinet» (почти всѣ приведены у Хейнекція ad Leg. Iul. et. P. Popp. стр. 234 и Савиньи стр. 343), пока, наконецъ, въ послѣднее время не согласились въ наукѣ принять подставку Куяція вмѣсто слова «sustinet» слова «sustulit» (Observ. 26, 7 и ad Ulp. 11, 8; см. Dirksen Versuch Z. Kritik u. Ausleg. стр. 117). Такимъ образомъ теперь уже выходитъ, что закономъ Клавдія была уничтожена legitima tutela feminarum агнатовъ, но не вся опека вообще надъ женщинами, какъ полагалъ Куяцій (см. Wiesner Vormundschaftsrecht 461), а только опека надъ совершеннолѣтними (Schweppe Rom. Rechtsg. § 424; Löhr. Magaz. 3 стр. 428); иначе кромѣ логической безсмыслицы, — уничтожить ее для несовершеннолѣтнихъ женщинъ и оставить для несовершеннолѣтнихъ мужчинъ (Hoffmann стр. 320), — неизвѣстно было бы, какъ согласить слова конституціи Константина: in feminis tutelam legitimam consanguineus vel patruus non recuset (L. 2 C. Th. 3, 17), которыя слова непремѣнно должны относиться къ несовершеннолѣтнимъ женщинамъ, какъ это ясно слѣдуетъ изъ конституціи Льва (L. 3 C. 5, 30: ad *pupillarum* feminarum tutelam vocantur) [1]). Итакъ по конституціи Клавдія legitima tutela агнатовъ покончила свое существованіе для совершеннолѣтнихъ женщинъ, для которыхъ оста-

---

признаніи Римлянъ за женщинами въ достаточной степени тѣхъ душевныхъ качествъ, которыя гарантировали бы личную ихъ заботу о собственномъ интересѣ. Слѣдовательно сознаніе равенства въ этомъ отношеніи обоихъ половъ было причиною и отмѣны tutelae sexus. Наше воззрѣніе расходится почти со всѣми высказанными въ западной литературѣ. Приведемъ для примѣра мнѣніе Баха (Unpartheiische Kritik etc. m. 2 стр. 246—249). Бахъ полагаетъ, что послѣ того какъ Scto Orphitiano предоставлено было право наслѣдованія дѣтямъ послѣ матери, а не агнатамъ уже, то tutela sexus стала въ противорѣчіе съ положеніемъ: qui habet emolumentum successionis, debet etiam sustinere incommodum tutelae, а потому и должна была покончить свое существованіе.

[1]) Мнѣніе нѣкоторыхъ прежнихъ писателей (см. напр. Gothofredus Comment. perpet T. 1 стр. 317; Cujac. Not. ad frag. Ulp. de tut. стр. 146 T. 1 въ его Opusc.), что Конституціею Константина былъ отмѣненъ законъ Клавдія, такъ что снова вступило въ силу древнее правило о пожизненной законной опекѣ надъ женщинами, въ наукѣ оставлено уже давно.

лись только завѣщательныя, дативныя опеки и очень ограниченная законная опека manumissor'овъ и эманципаторовъ. Когда же исчезли и эти виды tutelae feminarum положительно неизвѣстно Только въ Юстиніановомъ Сводѣ уже не упоминается объ опекѣ надъ совершеннолѣтними женщинами. Впервые положительно ограничено было примѣненіе этой опеки закономъ Юлія и Паппія Поппея, освободившимъ отъ нея женщинъ съ извѣстнымъ числомъ дѣтей (Gaj. I §§ 145, 194); хотя собственно частные примѣры освобожденія встрѣчаются уже и раньше. Такъ напр. Діонъ Кассій говоритъ (въ латинскомъ переводѣ): Octaviae et Liviae statuas dedit, atque *sine tutore res suas agerent* et eodem jure sacro sanctae quo tribuni plebis essent. Затѣмъ законъ Клавдія уничтожилъ законную опеку агнатовъ. Оставалась, значитъ, кромѣ другихъ видовъ еще legitima tutela patronorum, parentum manumissorum (Löhr. Magaz. XII, Gaj. 1 § 171; Ulp. 11 § 8). Еще во времена Діоклетіана, Константина упоминается опека надъ женщинами. У Апулея, жившаго во времена Антониновъ, вдова покупаетъ praedium, tutore auctore [1]). Но уже изъ словъ Папиньяна можно вывести, что въ его время tutela legitima patronorum больше уже не существовала (L. 13 § 1; D. 26, 5 срав. съ Gaj. 1 § 195 см. Burchardi röm. Recht. 2 § 133 прим. 10). Въ Epitome Gaj. уже нѣтъ вовсе никакого упоминанія о tutela muliebris. Послѣднія ясныя извѣстія о ней — отъ временъ Діоклетіана 293 ч. (Frag. Vatic. § 325). Гонорій и Ѳеодосій предоставили всѣмъ подданнымъ jus liberorum, т. е. условіе по Lex. Iul et Pap. Popp. освобожденія отъ опеки (L. 3 C. Th. 8, 17; L. 1 C. 8, 59; Nov. 78 c. 5). Правда, весьма темные слѣды этой опеки встрѣчаются и позднѣе (L. 7 C. Th. 3, 5; L. 4 C. 5, 1; L. 2 C. 8, 59), хотя конституція Валентиніана 2 отъ 390 г. (L. 2 C. quando mulier. 5, 35) уже не предполагаетъ болѣе существованія этой опеки.

Спрашивается: какое вліяніе имѣло введенное Маркомъ Авреліемъ cura minorum perpetua на tutela muliebris? Отвѣчать на этотъ вопросъ какимъ нибудь положеніемъ съ полнымъ убѣжденіемъ въ его достовѣрности весьма трудно. Въ источникахъ, помимо отсутствія

---

[1]) Dixistis, me magia de pecunia mulieris pulcerrimum praedium meo nomine emisse. Dico exiguum heredioium sexaginta millibus nummum: id quodue non me, sed Pudentillam suo nomine emisse: Pudentillae nomen in tabulis esse: Pudentillae nomine pro eo agello tributum dependi: praesens est quaestor publicus cui depensum est, Corvinus Celer, vir ornatus, adest etiam tutor, auctor mulieris, vir gravissimus et sanctissimus, omni cum honore mihi nominandus Cassius Longinus.

строгой терминологіи, на каждомъ шагу столько противорѣчій не только въ общемъ, но и въ частностяхъ, что рѣшительно не составляетъ никакого труда разбить любое изъ высказанныхъ до сихъ поръ положеній. Такъ напр., кажется, институціи выражаются совершенно ясно: Masculi puberes *et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.* (pr. I. 1, 23). Сопоставимъ эти слова съ выраженіемъ тѣхъ же институцій: pupilli *pupillaeque, quum puberes esse coeperint, tutela liberantur* (pr. I. 1, 22 см. еще L. 13 § 2; D. 26, 5). Значитъ съ достиженіемъ совершеннолѣтія женщина освобождается отъ опеки и получаетъ попечителя до 25-ти-лѣтняго возраста. Такое мнѣніе дѣйствительно и господствовало нѣкоторое время въ литературѣ (см. Рудорфъ I стр. 103 прим. 3). Но этому мнѣнію положительно противорѣчитъ неоднократное упоминаніе источниковъ объ опекунахъ при совершеннолѣтнихъ женщинахъ и даже въ противоположность попечителямъ. Такъ напр. въ Frag. Vatic. (§ 110) читаемъ:... dotem promitti vel dari posse; sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Послѣ этого уже нельзя отрицать существованіе опекуновъ для совершеннолѣтнихъ женщинъ и послѣ закона Марка. На основаніи подобныхъ выраженій было высказано мнѣніе, теперь господствующее въ литературѣ: женщина съ достиженіемъ совершеннолѣтія подпадала подъ попечительство, оставаясь подъ опекою, т. е. администраціею завѣдывалъ вновь назначенный попечитель, а auctoritatem interponebat прежній опекунъ (см. напр. Schulting стр. 594 прим. 3; Савиньи въ Zeitschrift 3 стр. 347; Рудорфъ I стр. 93, 102 и 103; Burchardi 2 § 136; Demangeat I стр. 408). На основаніи источниковъ это второе мнѣніе также мало основательно, какъ и первое. Auctoritas tutoris и consensus curatoris встрѣчаются для однѣхъ и тѣхъ же сдѣлокъ совершеннолѣтней женщины; такъ, напримѣръ, назначеніе приданаго по однимъ источникамъ требуетъ непремѣнно auctoritas tutoris (Cic pro Flacco 35; Gaj. I §§ 178, 180; Ulp. 11 §§ 20, 21; Frag. Vatic. § 110) [1]), а по другимъ и даже одного и

---

[1]) Paulus respondit, etiam post nuptias copulatas, dotem promitti vel daripossе; sed non curatore praesente promitti sed tutore auctore. Думаютъ, (напримѣръ, Savigny Schutz стр. 291. Demangeat I стр. 408), что слова эти особенно сильно подтверждаютъ господствующее положеніе, но думаютъ такъ совершенно неосновательно. Прежде dotis datio былъ actus legitimus (см. Cic. pro Flacco 34 et 35; pro Caecin. 25; Terent. And. Act. 5. scen. IV, V, 47 см. Heineccius ad Leg. Iul. et Pap. Popp. стр. 257), а потому требовалъ непремѣнно auctoritatem tutoris, который и назначался только

того же Ульпіяна consensus curatoris (L. 7 D. 26, 5, см. еще L. 60, 61 D. 23, 3; L. 52 D. 26, 7; L. 28 C. 5, 12; L. 9 C. 5, 37). Значитъ для совершеннолѣтней женщины не было необходимости имѣть и попечителя и опекуна. Но самымъ сильнымъ возраженіемъ господствующему мнѣнію будетъ то общее правило Римскаго права, по которому попечитель назначается только въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ опекуна ни по закону, ни по завѣщанію (L. 9 § 9; L. 32 pr. D (26, 7). Слѣдовательно, критикуемое положеніе въ предположеніи его вѣрности можетъ быть разсматриваемо какъ исключеніе изъ этого правила, а такъ какъ всякое исключеніе, даже не столь общее, ясно выражено въ источникахъ, то слѣдовательно по молчанію ихъ въ данномъ случаѣ необходимо отрицать исключительность даннаго положенія или, что все равно, само положеніе.

Все до сихъ поръ сказанное относится только къ положительнымъ доказательствамъ невѣроятности положенія, но оно невѣрно уже и съ логической стороны. Какое основаніе лишать опекуна извѣстной стороны его дѣятельности и передавать ее другому лицу, попечителю, когда съ этой именно стороны попечительство ничѣмъ не отличается отъ опеки, даже по понятіямъ писателей критикуемаго положенія, выставлявшихъ отличительнымъ признакомъ опеки auctoritas tutoris и сознававшихъ полное тождество ея съ попечительствомъ по отношенію къ administratio bonorum?

Намъ кажется, что дѣйствительное противорѣчіе въ указаніяхъ источниковъ разрѣшить какимъ-либо категоричнымъ положеніемъ невозможно. Объяснить же можно тѣмъ, что когда найдено было возможнымъ допустить совершеннолѣтнюю женщину къ самостоятельной юридической дѣятельности, о чемъ будетъ говорено ниже, ограничивъ участіе опекуна только извѣстными особенно важными случаями, тогда, разумѣется, должна была потерять опека надъ ними въ воззрѣніи юристовъ свой строгій древній характеръ и близко подойти къ болѣе свободному по историческому принципу надзору, а именно cura minorum; но такъ какъ tutela feminarum не была отмѣнена законодательнымъ путемъ, то еще въ первыя времена ея ослаб-

---

къ совершенію этого акта (см. Schulting стр. 601 прим. 58; стр. 602 прим. 60). Совершенно тоже правило признавалось и для пупилла подъ попечительствомъ (см. ниже). Если дѣло шло объ hereditatis aditio (L. 19 D. 26, 8), то назначался къ этому акту опекунъ. Вѣдь въ этомъ ужъ случаѣ никто не скажетъ, что пупиллъ имѣлъ и попечителя и опекуна, перваго исключительно для administratio bonorum, а втораго исключительно для соучастія при совершеніи актовъ.

ленія термины употреблялись довольно правильно (см. § 110 Frag. Vat. взятъ у Павла (lib. VIII Responsorum titul. de re uxoria); Scaevola (L. 26 D. 26,5); Gaj. I § 145; Ulp. 11 §§ 1, 20, 25. Срав. того же Павла Recept. sent. 2, 19 in fin.), но впослѣдствіи посмотрѣли на суть дѣла и стали употреблять выраженія, болѣе соотвѣтствующія самому надзору (pr. I. 1, 23); L. 25 C. 5, 4; L. 28 C. 5, 12; L. 7 C. 5, 31; L. 2 C. 5, 35 см. Buchholtz ad Frag. Vatic. § 110), выяснилась же сущность опеки надъ femina minor XXV annis, по мѣрѣ постепеннаго исчезновенія tutelae sexus perpetuae (Bynkeschoek Observ. jur. roman. L. VII c. 14 in fin.), когда пришлось назначить надзоръ за femina minor XXV an. уже не propter sexum, а propter aetatem. Aetas же minoritatis требовалъ не tutela, а cura. Такъ произошелъ окончательный переходъ tutelae feminarum въ cura feminarum minorum XXV annis (pr. I. 1, 23; § 19 I. 1, 25; Lex. Burgund. tit. 36, 8 — 16; L. 4 C. 5, 62; L. 2 C. 5, 34). Послѣдняя конституція говоритъ объ отказѣ мужа только отъ попечительства надъ женою).

Дѣйствительно, въ источникахъ мы находимъ прямое указаніе на то, что femina minor XXI annis въ позднѣйшемъ правѣ съ достиженіемъ совершеннолѣтія получала попечителя и лишалась опекуна: si puella duodecim annorum impleverit; tutor desinit esse; quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent (L. 13 § 2 D. 26, 5 см. напротивъ Heimbach Rechtslex. 3 Стр. 214 not. 822). Или еще напр. pupilli vero post impletum XIII annum curatores sibi ipse petere debebunt: *pupilla impleto XII anno sibi ipsae petant*; quia usque ad illud tempus rationem tutelae administrare debet: qua ratione completa, pupillus per curatorem facultatem suam gubernare debebit (Papiani liber responsor. tit. 35. См. также L. 26 C. 5, 31 и др.). Или: tutela pueriti..... feminae;..... maturius biennio legibus liberantur (Macrob. in somn. Scip. I. 6) и т. д.

Въ результатѣ же всего сказаннаго мы можемъ сказать, что по внѣшнимъ признакамъ надзоръ надъ женщиной впродолженіе всей Римской Исторіи ничѣмъ не отличался отъ извѣстныхъ уже формъ надзора за недѣеспособными лицами. Сперва, какъ болѣе строгая древняя форма, надзоръ этотъ носилъ и названіе и всѣ признаки опеки надъ несовершеннолѣтними. Затѣмъ, съ постепеннымъ ослабленіемъ древняго взгляда на женщину вообще, надзоръ надъ совершеннолѣтнею женщиною, по минорою, перешелъ мало по малу въ попечительство, не отличаясь опять таки отъ послѣдняго никакими

внѣшними признаками [1]). Остается слѣдовательно обратиться къ вопросу о дѣеспособности женщины, обусловливающей характеръ обязанностей опекуна и попечителя.

О дѣеспособности женщинъ.

Если мы для древнихъ временъ признали полную недѣеспособность опекаемыхъ мужескаго рода, то нѣтъ основанія не распространить того же положенія и на несовершеннолѣтнихъ женщинъ (...quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est (L. 141 § 2 D. 45, 1). Спрашивается: можно ли тоже сказать и по отношенію къ совершеннолѣтнимъ женщинамъ? Для древнѣйшихъ временъ мы полагаемъ утвердительный отвѣтъ единственно вѣрнымъ (см. Löhr Magaz. 3, XII Стр. 422; Schwannert Naturalobl. Стр. 394). Правда, особенно точныхъ указаній источниковъ мы не имѣемъ, но если сопоставимъ слова, положимъ Гайя, Ульпіана, съ тѣми данными на которыхъ строимъ свои предположенія, то въ нихъ не останется никакого сомнѣнія.

Женщина до самаго выхода замужъ носила togam praetextam (L. 3 § 6 D. 43, 340), выраженіе несовершеннолѣтія [2]), равно какъ и nomen gentilitium (Valér. Max. epit. X; см. Göttling Staatsverfassung Стр. 66, 67). По этимъ внѣшнимъ признакамъ женщина ничѣмъ не отличалась отъ несовершеннолѣтнихъ мужескаго пола, а такъ какъ эти признаки служили выраженіемъ полной недѣеспособности послѣднихъ, то тоже, слѣдовательно, должно сказать и о женщинахъ nubiles. Дѣйствительно, Гай выражается: idem juris (sc. quod in pupillis) est in feminis, quae in tutela sunt (Gaj. 3 § 108). Подобное сопоставленіе встрѣчается въ источникахъ нерѣдко (см. напр. того же Гайя 3 § 91) и понимать его должно 1) въ смыслѣ признанія за всѣми женщинами полной недѣеспособности и 2) только для древнѣйшихъ временъ.

1) Подтвержденіемъ перваго мы находимъ въ такихъ общихъ выраженіяхъ источниковъ о дѣеспособности женщинъ, которыя въ связи

---

[1]) По выраженію Дабелова 3 стр. 505 надзоръ надъ женщиной-минорь походилъ на попечительство какъ одно яйцо на другое.

[2]) Дѣйствительно различіе между tutela feminarum pupillaris и tut. fem. perpetua проводится въ источникахъ только позднѣйшаго времени (см. на форму выраженій писателей, цитированныхъ ниже), а слѣдовательно не можетъ считаться первоначальнымъ, какъ полагали нѣкоторые писатели, выражаясь положительно (см. Heineccius ad Leg. Iul. et P. P. стр. 236), а всѣ другіе соглашаясь съ этимъ молчаливо.

съ другими данными не могутъ оставить сомнѣнія въ настоящемъ ихъ смыслѣ. Такъ Титъ Ливій приводитъ слова Катона по поводу закона 558 г. объ ограниченіи женской роскоши: Majores nostri, nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt: in manu esse parentum, fratrum, verorum (34, 2; L. 2 D. 50, 17: Feminae, nec postulare possunt). Далѣе, основаніемъ tutelae sexus выставляютъ infirmitatem consilii (Cic. pro Murena 12), forensium rerum ignorantiam (Ulp. XI § 1), animi levitatem (Gaj. 1 § 144), sexus imbecilitatem и т. п. [1]). Этого одного, кажется, было бы достаточно, чтобы составить себѣ понятіе о воззрѣніи Римлянъ на женщину, а въ силу этого воззрѣнія и о предоставленной ей дѣеспособности. Но кромѣ того даже въ частности на основаніи положительныхъ данныхъ мы можемъ провести положеніе, что въ древности женщина могла совершать юридическіе акты не иначе, какъ tutore auctore, и что акты, совершенные безъ соблюденія этого формальнаго условія, были ничтожны. Такъ въ позднѣйшихъ еще источникахъ сохранились запрещенія женщинамъ совершать тѣ или другіе акты. Сопоставивъ эти запрещенія съ состояніемъ вообще юридическихъ актовъ временъ республики, получимъ полную юридическую недѣеспособность женщинъ. Извѣстно, что свѣдѣнія о древнѣйшемъ юридическомъ бытѣ Римлянъ привели уже въ наукѣ къ убѣжденію, что въ древнемъ Римѣ совершеніе всѣхъ юридическихъ актовъ сопровождалось строгою формальною торжественностью, отъ соблюденія которой зависѣла ихъ юридическая сила, т. е. иначе всѣ negotia были civilia, или actus — legitimi. Притомъ эта формальность была такого рода, что выполненіе ея требовало непремѣнно политической дѣеспособности ауктора (напр. testamentum [2]), nexum, mancipatio)

---

[1]) Нѣкоторые писатели не признаютъ этихъ основаній подчиненія женщины пожизненной опекѣ (см. напр. Löhr Magaz. 3 стр. 411 п. 1), но едва ли основательно. Эти выраженія свидѣтельствуютъ о воззрѣніи Римлянъ на женщинъ, какъ на существъ, по душевнымъ качествамъ стоящихъ несравненно ниже совершеннолѣтнихъ мужчинъ; почему, какъ уподобленныя несовершеннолѣтнимъ, они и требовали за собою извѣстнаго надзора. Если же не недостатокъ душевныхъ качествъ подчинялъ ихъ пожизненной опекѣ, а, положимъ, стремленіе удержать имущество въ родѣ (Леръ ibid. стр. 409), то спрашивается: отчего бы было не распространить Римлянамъ пожизненной опеки и на совершеннолѣтнихъ мужчинъ? Такъ бы и опекали другъ друга!

[2]) На основаніи словъ Цицерона (Topic. cap. 4) западные ученые занимались вопросомъ: дозволялось ли вообще женщинамъ во времена до Цицерона составлять завѣщанія? Одни писатели (напр. Löhr въ Magaz. 3 стр. 414 и слѣд.) отвѣчаютъ на вопросъ отрицательно, доказывая, что

Для женщинъ же признавалось правило: cum feminis nihil comitiorum communio est (Gell. Noct. Att. 5, 19; Valer. Maxim. 3, 8, 6; quid feminae cum concione? si patrius mos servetur, nihil). Этимъ уже однимъ положеніемъ женщина лишалась права совершать самые древнѣйшіе акты, какъ напр. составлять завѣщанія, вступать въ обязательство nexum, манципировать, принимать legitimum judicium (см. Рудорфъ въ Zeitschr. für geschicht. Rechtswiss. 7 стр. 231 и слѣд.), т. е. такіе акты, которые совершались или прямо въ народныхъ собраніяхъ, или при ихъ представителяхъ, quinque testibus praesentibus. Кромѣ того женщины положительно исключались отъ совершенія договоровъ, соединенныхъ съ формальностью «aram maximam tangere (sponsio), такъ какъ онѣ исключались отъ sacrificium Herculaneum (Dion. Halic. 1, 40; Gell. Noct. Att. 11, 6; Plutarch quaest. rom. 57). Приведенныя формы юридическихъ актовъ обнимали всю область гражданскихъ правоотношеній древнѣйшихъ временъ, а потому мы положительно можемъ сказать, что женщины этого періода были вполнѣ недѣеспособны. Кромѣ того въ этомъ же положеніи должно было бы насъ убѣдить и то, что единственный случай участія женщины въ совершеніяхъ юридическихъ актовъ по законамъ XII таблицъ или древнѣйшей ихъ интерпретаціи требовалъ непремѣнно опекунскаго соучастія (Bruns Font. 5; 2 [1]) требованіе же auctoritatis tutoris всегда предполагаетъ ничтожность актовъ, совершенныхъ безъ соблюденія этого формальнаго условія (L. 7 § 1 D. 18, 5.... sine tut. auct.... nihil actum est).

2) Эта полная недѣеспособность по цитированнымъ словамъ Гайя для женщинъ majores vigintiquinque annis имѣлось только въ древнемъ

Цицеронъ, въ противоположность полнаго отрицанія въ древности этого права за женщинами, намекаетъ на возможность получить его въ его время, чрезъ посредство tutoris optio и tutela fiduciaria. Доказательства сводятся къ ни чѣмъ не доказанному праву одного patrisfamilias на основаніи положенія XII Таблицъ совершать завѣщанія (Bruns Tab. 5, 3). Но для этихъ временъ также мало доказательнымъ будетъ и утвердительный отвѣтъ (напр. Гансъ Schol. стр. 213). Гай (2 §§ 113, 121, 122) могъ говорить о дѣйствующемъ въ его время положеніи, а выраженіе Цицерона (pro Flacco c. 34)... Valeria *intestato* mortua... не даетъ права сдѣлать положительное заключеніе, что женщина могла умереть и testata.—Рѣшаетъ вопросъ и притомъ въ отрицательномъ смыслѣ значеніе формальности, которая требовалась при совершеніи завѣщанія.

[1]) Мы считаемъ этотъ примѣръ за единственно возможный въ тотъ періодъ, о которомъ идетъ рѣчь, т. к. смыслъ формальности, требуемой при совершеніи всѣхъ прочихъ актовъ, непремѣнно исключалъ всякое участіе въ немъ женщины.

Римѣ, какъ это слѣдуетъ изъ словъ того же Гайя (I §§ 190—193). Для женщинъ же minores XXV annis положеніе о полной недѣеспособности осталось въ силѣ и въ позднѣйшемъ правѣ. Такъ напр. женщина связывалась положительно соучастіемъ опекуна при совершеніи слѣдующихъ актовъ: при legis actio или judicium legitimum (Gaj. I § 184; Ulp. 11 §§ 24, 27), при alienatio rei mancipi (Gaj. 1 § 192; 2 §§ 47, 80; Ulp. 11 § 27; Fragm. Vat. § 1); при in jure cessio (Frag. Vat. § 45); manumissio (Ulp. 1 § 17; Cic. p. Coel; 29 Frag. de manum. 17): acceptilatio (Gaj. 2 §§ 83, 85; 3 § 171); coemtio (Ulp. 11 § 22; Gaj. 1 § 195; Cic. pro Flacco 34); при назначеніи приданаго (Cic. pro Flacco § 35; Gaj. I §§ 178, 180; Ulp. 11 §§ 20, 21); вообще при совершеніи всѣхъ тѣхъ актовъ, которыми женщина обязывалась (*Cic.* pro Caecina 25; *Gaj.* 1 § 192, 3 §§ 91, 108; Ulp. 11 § 27); при принятіи наслѣдства (*Gaj.* I § 176; *Ulp.* XI § 23); при составленіи завѣщанія (какъ исключеніе о правѣ весталокъ составлять завѣщаніе см. Gell. I 12), даже тогда когда уже этаго права женщина достигла и помимо coemtio fiduciaria testamenti faciendi causa (Gaj. I § 115; *Cic.* Topic. 4), т. е. уже послѣ реформы Адріана (*Gaj* I § 115 a Paulus III 4 A. § 1). Всѣ эти акты требовали при совершеніи соучастія опекуна и притомъ такъ, что при несоблюденіи этого требованія акты считались ничтожными. Но уже рядомъ съ этими ограниченіями мы имѣемъ сумму положеній источниковъ, разрѣшающихъ женщинамъ свободное совершеніе многихъ юридическихъ актовъ.

Прежде чѣмъ приводить и опредѣлить значеніе этихъ разрѣшающихъ положеній, скажемъ нѣсколько словъ о томъ, какимъ путемъ могла идти эманципація женщины.

Конечно, при большихъ пробѣлахъ въ источникахъ вполнѣ указать на постепенное расширеніе дѣеспособности женщинъ вообще вещь невозможная, какъ и при изложеніи исторіи любаго института римскаго права, но все таки достаточно и тѣхъ данныхъ, которыя мы имѣемъ, чтобы опредѣлить характеръ этой эманципаціи. Несовершеннолѣтнія женщины впродолженіе всей исторіи tutelae impuberum шли однимъ и тѣмъ же путемъ съ совершеннолѣтними мужескаго пола къ постепенному расширенію области личной формальной дѣятельности. Вездѣ въ сводѣ Юстиніана и другихъ источникахъ мы читаемъ: pupilli pupillaeque (напр. смотр. Inst. 1, 22; Ulp. 1 § 17; 11 §§ 23, 25). Въ какомъ положеніи находилась дѣеспособность несовершеннолѣтнихъ обоего пола по Своду Юстиніана мы видѣли. Остает-

ся только сказать, что такъ какъ положеніе опекаемой женщины безъ вниманія къ ея возрасту опредѣлялось одними и тѣми же правами и обязанностями опекуна, то само собою разумѣется, что по крайности въ той же мѣрѣ, какъ расширялась область формальной дѣятельности несовершеннолѣтнихъ пупилловъ, расширялась она и для совершеннолѣтнихъ женщинъ. Мало того, вмѣстѣ съ строгимъ опредѣленіемъ возраста не одного брачнаго, а вообще гражданскаго совершеннолѣтія [1]), женщинамъ послѣдняго возраста предоставлялись все большія и большія льготы. Приведемъ всю извѣстную сумму этихъ предоставленій. Такъ съ одной стороны съ появленіемъ контрактовъ, quae re contrahuntur, болѣе свободныхъ, чѣмъ строгое fiduciae datio [2]), какъ напр. договоры поклажи, ссуды (L. 17 pr. D. 15, 1), женщинамъ дозволялось свободно обязываться ими (L. 27 pr. D. 15, 1), равно какъ отвѣчать по: constitutum (L. 1 § 1, 2 D. 13, 5), pollicitatio (L. 6 § 2 D. 50, 12), negotorium gestio (Paulus 1, 4 § 4, L. 3 § 1; Г. 32 § 1 D. 3, 5; L. 24 C. 4, 32), actio exercitoria (L. 1 § 16 D. 14, 1; L. 4 C. 4, 25), actio institoria (L. 7 § 1 D. 14, 3), de peculio (L. 3 § 2 D. 15, 1). Далѣе, имъ разрѣшено было: agnoscere bonorum possessionem (L. 41 D. 3 1), отчуждать: resnec mancipi Frag. Vat. § 259 срав. съ Ulp. 11 § 27), possessionem rei mancipi и nec mancipi (Frag. Vat. § 1), плоды (Eod.), деньги. Женщина получила право производить уплаты и пріобрѣтать вслѣдствіе ихъ certi или indebiti condictiones (Gaj. 2 § 81), назначать повѣренныхъ (Frag. Vatic. §§ 325, 327; Ulp. 11 § 27), самой отвѣчать въ судѣ quod imperio continetur и еще нѣкоторыя права (напр. см. L. 41 D. 36, 1; L. 70 D. 42, 1, а другія будутъ приведены ниже). Кромѣ того само собою разумѣется, что всѣ акты, направленные исключительно къ прибыли совершеннолѣтней женщины, она совершала безъ всякаго участія опекуна (L. 7 C. 8, 38....feminam minorem vigintiquinque annis absente curatore stipulari posse, non ambigatur).

Съ другой стороны въ извѣстныхъ случаяхъ auctoritas tutoris

---

[1]) Большинство писателей (напр. Meyer § 14. Heineccius Comm. ad L. I. et P. P. стр. 177 и слѣд.) относитъ это опредѣленіе къ постановленіямъ закона Юлія и Папія Поппея, но я не могу съ этимъ согласиться, такъ какъ различіе въ совершеніи юридическихъ актовъ между совершеннолѣтними и несовершеннолѣтними женщинами проявляется въ источникахъ еще и раньше (см. въ текстѣ).

[2]) Еще Цицеронъ (de off. 3, 17) въ числѣ arbitriorum упоминаетъ опеку, fiduciam и только contractus consensuales.

мало по малу обратилась въ простую формальность (см. Huschke Fecèn. Hisp. Стр. 48; Вальтеръ 2 Стр. 161; Pardessus p. 273), которая могла быть преторомъ и вынуждена у опекуна (Cic. pro. Mur. 12; Gaj. 1 §§ 190, 192; 2 §§ 121, 122), такъ что собственное ея примѣненіе ограничивалось самымъ тѣснымъ кругомъ сдѣлокъ (см. Hugo Geschicht Стр. 150 и 454).

Само собою, что съ предоставленіемъ такой обширной дѣеспособности совершеннолѣтнимъ женщинамъ, вліяніе опекуновъ должно было въ той же мѣрѣ стѣсняться до того, наконецъ, что ограничивалось однимъ auctoritatis interpositionis (Ulp. 11 § 23:.. mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt), вся же administratio bonorum и negotiorum gestio перешла къ самимъ опекаемымъ (Tertull. de virg. veland. 11; Gaj. I. § 190). Этимъ же можетъ быть объяснено и правило:..cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur (Gaj. 1 § 191), такъ какъ auctoritas tutoris сдѣлалась чистою формальностію и даже могла быть вынуждаема, а negotiorum gestio принадлежала самимъ опекаемымъ.

При этомъ очеркѣ постепеннаго расширеніе дѣеспособности женщины слѣдуетъ обратить вниманіе на слишкомъ общія выраженія источниковъ, такъ что, принимая ихъ къ буквальномъ смыслѣ, мы должны будемъ всѣ только что разсмотрѣнныя смягченія древней недѣеспособности признать какъ для женщинъ majores, такъ и minores XXV annis; но это уже будетъ значить, что въ частности женщина—миноръ XXV annis будетъ обладать большею дѣеспособностью, чѣмъ мужчина миноръ. Такъ напр. женщина совершеннолѣтняя имѣла полное право заключать договоръ constitutum, что минору не могло быть разрѣшено никоимъ образомъ. Еще feminae in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibentur (Paulus 1, 2, 2), на что опять таки миноръ не имѣлъ права (L. 1 § 3 D. 26, 7; L. 4 C. 5, 59). Совершеннолѣтняя женщина имѣла право сама назначать повѣренныхъ; миноръ же не иначе, какъ curatore interveniente (L. 1 C. 5, 61); могла отчуждать, хотя только res nec mancipi,—миноръ не могъ отчуждать вовсе (L. 3 C. 2, 25); ей лично могли быть произведены платежи долговъ (Cic Topic. 11; Gaj. 2; 85), для минора это было положительно запрещено L. 7 § 2 D. 4, 4); женщина могла безъ соучастія опекуна отдавать въ займы res nec mancipi (Gaj. 2 § 81), миноръ положительно лишенъ былъ этого права (L. 27 § 1 init. D. 4, 4) и т. д.

Поэтому, опредѣляя далѣе значеніе приведенныхъ предоставленій,

не нужно выпускать одного изъ виду, [1]) что постоянное попечительство надъ минорами мужчинами не могло ограничивать дѣеспособности болѣе, чѣмъ опека надъ женщинами.

Итакъ спрашивается: какой смыслъ въ словахъ Ульпіяна: dumtaxat auctoritatem interponunt (tutores feminarum)? Неужели совершеннолѣтняя женщина, но не достигшая 25 лѣтъ, пользовалась по отношенію къ своему имуществу большими правами, чѣмъ мужщина minor XXV annis подъ попечительствомъ, если принять, что попечителю принадлежала administratio bonorum въ обширномъ смыслѣ (Demangeat стр. 418)? Отвѣтить утвердительно, значитъ стать въ противорѣчіе не только съ общимъ воззрѣніемъ Римлянъ на женщинъ даже до позднѣйшихъ временъ, но и съ положительными указаніями источниковъ. Итакъ, какъ понять слова Ульпіяна и особенно Гайя, дѣлающаго какъ бы выводъ изъ словъ Ульпіяна: mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant»? Въ сводѣ Юстиніановомъ нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія: masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia, licet puberes sint adhuc tamen ejus aetatis sunt ut sua negotio tueri non possint (pr I. 1, 23: Theop. ad h. t. L. 20 D. 23, 2; L. 61 D. 23, 3; L. 13 § 2 D. 26 5; L. 28 C. 5, 12). Противорѣчіе со словами Гайя очевидное. Объяснить его, мнѣ кажется, не трудно. Гай и Ульпіянъ говорятъ только о женщинахъ majores vigintiquinque annis, надъ которыми опека въ ихъ время стала уже сильно пріобрѣтать чисто формальный характеръ (Gaj. 1 § 190 in fin). Въ скоромъ времени матерямъ и бабкамъ разрѣшенно было быть и самимъ опекунами и отвѣчать за вредъ, причиненный предложеннымъ ими опекуномъ (T. C. 5, 46). Такъ къ подобной опекѣ допускались и безумные (Ulp. 11 §§ 20-22). Разумѣется, что женщина въ этихъ случаяхъ пользовалась полною свободою въ распоряженіи своимъ имуществомъ, за исключеніемъ особенно поименованныхъ въ законѣ ограниченій. Но что эта свобода въ administratio bonorum могла принадлежать только feminis, quae majores XXV annis sunt, доказывается 1) тѣмъ, что уже во времена Гайя и Ульпіяна всѣ миноры мужскаго пола состояли подъ попечительствомъ, т. е. лишены были администраціи собственнаго имущества. А такъ какъ conditio

[1]) Какъ это дѣлалъ напр. Унтерхольцнеръ Schuldverh. I стр. 164, напр. полагая, что всѣ женщины sub tutela имѣли право съ полной силой отчуждать res nec mancipi.

feminarum въ Римѣ признавалась всегда за deterior (... deterior est conditio feminarum, quam masculorum L. 9 D. 1, 5), то странно было бы предоставить имъ болѣе дѣеспособности, чѣмъ мужчинамъ. 2) Юридическіе акты, требовавшіе прежде при совершеніи ихъ соучастія опекуна, впослѣдствіи требовали соучастія попечителя, что явно указываетъ на замѣну прежнихъ опекуновъ позднѣйшими попечителями безъ измѣненія въ характерѣ дѣятельности послѣднихъ. 3) Тѣ же самые Гай (Gaj. 1 §§ 197, 198; Gaj. Epit. 1, 8), Ульпіянъ (Ulp. 12 § 4) и Павелъ (L. 20 D. 23, 2; L. 43 D. 26, 7) говорятъ о попечительствѣ надъ женщиной-minor XXV annis, а современикъ ихъ, Папиніянъ, выражается такъ, что, кажется, и сомнѣній дальнѣйшихъ быть не можетъ: si puella duodecim annum impleverit, tutor desinit esse quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent) L. 13 § 2 D. 26, 5; L. 26 C. 5, 31). Даже и способъ выраженія одинъ и тотъ же, что и для назначенія попечителя къ минору-мужчинѣ. Итакъ мы, кажется, не ошибемся, если скажемъ, что ослабленіемъ древней tutela sexus никогда femina minor XXV annis не пріобрѣтала права свободнаго распоряженія своимъ имуществомъ, а подпадала подъ попечительство, которое въ Юстиніановомъ правѣ, наконецъ, сдѣлалось общимъ правиломъ для миноровъ обоего пола (pr. I. 1, 23).

Въ сводѣ сохранились даже довольно ясные слѣды перехода опеки надъ женщинами въ попечительство надъ ними. Ниже мы будемъ говорить, какъ все увеличивалось число назначеній попечительства для пупилловъ подъ вліяніемъ только что сформированнаго cura minorum (Bethmann Hollweg стр. 236). Для женщины въ частности случаевъ подобнаго назначенія было еще больше. Но если для пупилловъ еще въ Юстиніановомъ сводѣ основнымъ учрежденіемъ признавалась опека (L. 3 pr. D. 26,1; L. 1 pr. D eod tutela — ad tuendum eum *qui propter aetatem* — se defendere nequit), то это объясняется тою традиціею, благодаря которой подъ опекой разумѣлся въ позднѣйшее время институтъ надзора за имущественнымъ интересомъ лицъ извѣстнаго только возраста. Но если и тутъ допускалось сплошь да рядомъ безразличное употребленіе попечительства, вмѣсто опеки (напр. § 5 I. 1, 23; L. 13 pr D. 26,1; L. 11, 15 D. 26, 5; L. 32 pr. D. 26,7; L. 19 D. 26,8; L. 9 D. 26,10; L. 1 § § 17-21 D. 37,9; L. 10 C. 5,34; L. 3 C. 5 36; L. 11 C. 5,62), то для опеки надъ женщиной было довольно поводовъ перешагнуть завѣтную традицію и слиться съ попечительствомъ. Съ постепенной

эманципаціею женщины естесственно было придти къ признанію ея дѣеспособности въ томъ или другомъ размѣрѣ.

Такъ начали сверху. Прежде всего была уничтожена tutela legitima агнатовъ, а за тѣмъ и вовсе пропала tutela sexus. Остается вопросъ, въ какой степени признать дѣеспособность женщины perfectae aetatis, но minoris XXV annis. Отождествить съ дѣеспособностію пупилла или минора? Мы видѣли, что между дѣеспособностью этихъ послѣднихъ разницы въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ не было никакой. Но за отождествленіе опеки надъ женщиной minoris съ cura minorum стояло уже то, что опека и попечительство рѣзко хотя только въ принципѣ различались въ Юстиніановомъ сводѣ по возрастамъ лицъ подъопечныхъ, а слѣдовательно tutela feminarum minorum было бы, хотя только формальнымъ, противорѣчіемъ, но все таки такимъ, которое мѣшало бы просто систематизировать вообще опеку и попечительство въ сводѣ (см. pr. I. 1, 23). И такъ съ расширеніемъ личной воли женщины естественно было придти къ отождествленію ея дѣеспособности съ дѣеспособностью минора. Какъ та, такъ и другой свободно безъ согласія своихъ попечителей могли вступать въ бракъ, какъ у той, такъ и другаго опредѣленіе имущественной стороны брака требовало соучастія попечителя (L. 20 D. 23,2; L. 8 C. 5, 4). Женщина лишенная прежде права составлять завѣщаніе (*Gell* 5,19 см. постепенное смягченіе этого правила у *Cic* Top. 4. Gaj 1, § 115 a.) со времени Адріана получила его (Gaj 1 § 192; 2 §§ 112,118,122; 3 § 43; Ulp. 20 § 15; 29 § 3; Boethius ad Top. Cic. 2, 4). Этимъ она уже рѣзко отличалась отъ пупилловъ. На minores обоихъ возрастовъ распространилось положеніе о такъ называемомъ Venia aetatis. Пупиллы разумѣется были лишены этого права. Ужъ и такъ опека и попечительство безразлично употреблялись даже для пупилловъ, а тутъ еще столько основаній отождествлять одинъ изъ видовъ опеки, опеку надъ женщиной, съ попечительствомъ. Это сознавали и Римляне; такъ предоставленное Адріаномъ совершеннолѣтнимъ женщинамъ полное [1]) право составлять завѣщаніе, хотя и при соучастіи опекуна (Ulp. 20 § 15) подало поводъ Гайю сказать: Videntur ergo melioris conditionis esse feminae quam masculi Gaj. 2 § 113). Несовершеннолѣтніе не имѣли этого права § 1 I. 2, 12.

Наконецъ, Квинтиліанъ (Institution. Orator. lib. V cap. 10), пря-

[1]) Они и раньше могли составлять завѣщаніе, но только послѣ такъ называемой coemptio fiduciaria testamenti faciendi c. f. *Gaj.* I § 115 a.

*

вершеннолѣтними (cura pupilli). Изъ перечисленныхъ видовъ самый древній это—попечительство надъ безумными и затѣмъ образовавшійся по аналогіи съ нимъ—попечительство надъ расточителями.

Исторія попечительства надъ безумными представляетъ намъ совершенно аналогичное явленіе съ исторіею попечительства надъ женщиною-миноръ. Оба характеризуются переходомъ въ попечительство изъ опеки съ тою только разницею, что личныя качества опекаемаго въ первомъ случаѣ, обусловливая однообразность надзора, какое бы названіе онъ ни носилъ, служатъ яснымъ свидѣтельствомъ того, что по теоретическому характеру въ древности опека не отличалась отъ попечительства ничѣмъ; исторія же перехода опеки надъ женщинами-минорами, хотя въ общемъ и даетъ право сдѣлать тоже заключеніе, но въ окончательномъ результатѣ все-таки вопросъ о различіи сводится къ различію опеки надъ несовершеннолѣтними отъ попечительства надъ минорами.

Итакъ необходимо остановиться на исторіи попечительства надъ безумными и расточителями, а во вторыхъ на отношеніи ихъ къ попечительству надъ минорами.

ИСТОРІЯ РАЗВИТІЯ ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА НАДЪ БЕЗУМНЫМИ И РАСТОЧИТЕЛЯМИ.

Если мы отвергнемъ мысль Швеппе о преторскомъ происхожденіи попечительства (Schweppe въ его Iur. Magaz. I no. 7 и его же Rechtsgesch. § 420), имѣя въ виду постановленія XII таблицъ о cura furiosi (Bruns. Tab. 5, 7) и постановленія Закона Плеторія о cura minorum (см. Вангеровъ I § 263),—то все-таки множество данныхъ за вѣрность того положенія Швеппе, что первоначально надзоръ за имущественнымъ интересомъ по крайней мѣрѣ безумныхъ имѣлъ форму опеки (см. Seger Historia § 1; Дабеловъ Pandect. § 286) [1]).

Почти [2]) никто изъ новѣйшихъ писателей не сомнѣвается, что по-

---

[1]) Другіе ученые (напр. Бринцъ Pand. стр. 1313 и 1314) полагаютъ наоборотъ, что первоначально безумный, какъ совершеннолѣтній, такъ и несовершеннолѣтній находился подъ попечительствомъ и уже только интерпретаціею юристовъ это измѣнилось для несовершеннолѣтнихъ. Но въ данномъ случаѣ нѣтъ основанія сомнѣваться, что слова:... quia *lex XII tabularum* ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas (cura) non pertineat (L. 3 pr. D. 26, 1), дѣйствительно выражаетъ положеніе XII Таблицъ.

[2]) Если напр. Heimbach (Rechtslex. 3 стр. 136) считаетъ cura furiosi также древнимъ, какъ и опеку, то противъ него будутъ всѣ логическія (фактически-историческихъ нѣтъ ни за, ни противъ) данныя.

печительство несравненно позднѣйшаго происхожденія, чѣмъ опека [1]); поэтому уже одному слѣдовало бы безумныхъ оставлять на всю жизнь подъ тѣмъ же надзоромъ, подъ какимъ онъ находился впродолженіи своего несовершеннолѣтія. Для него не могло наступить совершеннолѣтія, такъ какъ торжественныя формы признанія его имѣли въ виду предоставить извѣстному индивиду полную политическую и гражданскую дѣеспособность; безумный же не былъ способенъ ни къ той, ни къ другой. Трудно предположить, чтобы Римляне все-таки предпринимали эти торжественныя церемоніи объявленія даннаго лица совершеннолѣтнимъ, когда единственнаго ихъ смысла они не имѣли. А безъ этихъ церемоній не могло быть признанія и совершеннолѣтнимъ, такъ какъ законнымъ срокомъ оно въ древности не опредѣлялось. Если же лицо не объявлялось совершеннолѣтнимъ, то и считалось впродолженіи всей своей жизни въ одномъ и томъ же положеніи, т. е. не совершеннолѣтія. Доказательствомъ можетъ служить положеніе женщинъ, совершеннолѣтіе которыхъ опредѣлялось вступленіемъ въ бракъ, а до того будь она хоть 40 лѣтъ, все же носила togam praetextam (L. 3 § 6 D. 43, 30), знакъ несовершеннолѣтія, и именовалась nomine gentilium (Сцевола у Valer. Max. Epit. lib. X).

Итакъ мы полагаемъ, что въ древности положительно надзоръ надъ безумными была опека. Наше предположеніе тѣмъ болѣе вѣроятно, что мы положительно знаемъ, что въ древности отношеніе подобнаго попечителя къ имуществу безумнаго опредѣлялось одними и тѣми же словами, какъ и отношеніе опекуна къ опекаемому имуществу, а именно: domini loco habetur (L. 157 pr. D. 50, 17). Что это положеніе не имѣло смысла въ позднѣйшемъ правѣ, свидѣтельствуетъ множество ограниченій въ правѣ распоряжаться опекаемымъ имуществомъ (см. выше); а потому непремѣнно должно было быть древнимъ историческимъ принципомъ. Далѣе, что оно относилось только къ попечительству надъ безумными, оговариваетъ Юліянъ въ L. 56 § 4 D. 47, 2 (см. также Gaj. 2 § 64). Наконецъ, что словами «domini loco habetur» выражалось одно и тоже отношеніе попечителя къ опекаемому имуществу, что и отношеніе опекуна, за это общее опредѣленіе характера власти того и другаго одними и тѣми же общими словами (срав. Cic. de invent. 2, 50; de republ. 3, 33;

---

[1]) Между древними officia у Геллія упоминается только опека (Noct. Att. 5, 13). Далѣе, если понять слова Ливія въ L. 1 cap. 34 in fin. согласно большинству писателей, то опять только объ опекѣ мы будемъ имѣть свидѣтельство отъ царскаго періода.

Tusculan. disp. 3, 5; Auctor ad Herenn. 1, 13; L. 1 pr. D. 27, 10 и L. 1 pr. D. 26, 1). Выводъ изъ сказаннаго будетъ несомнѣнный, если прибавимъ, что Геллій (Noct. Att. 5, 13), упоминая о древнѣйшихъ officia (apud majores nostros), говоритъ только о tutela; а такъ какъ по характеру обязанностей попечительство надъ безумными ничѣмъ не отличалось отъ опеки, то странно было бы предположить такую непослѣдовательность, чтобы попечительство налагало на куратора менѣе нравственныхъ обязанностей, — пещись объ имущественномъ интересѣ безумныхъ, чѣмъ опека на опекуна. Поэтому мы полагаемъ, что имѣй Римляне съ древнѣйшихъ временъ опеку и попечительство, какъ два отдѣльные института, то необходимо оба должны были быть включены въ число священныхъ officiorum.

Тотъ же выводъ можно сдѣлать и изъ того обстоятельства, что источники, упоминая о древнѣйшихъ исключеніяхъ изъ правила, nemo alterius nomine agere potest, ни однимъ словомъ не намекаютъ на существованіе попечительства (pr. I. 4, 10). Какъ бы ни было понято выраженіе: «agere pro tutela» (см. выше), оно необходимо должно было быть распространено и на древнее попечительство, но такъ какъ строго формулированное исключеніе изъ основнаго принципа судебнаго представительства не терпитъ распространительнаго толкованія, то остается предположить, что Римскіе юристы, устанавливая эти исключенія, еще не знали попечительства, какъ особаго института.

Теперь если обратимся къ словоупотребленію оставшихся фрагментовъ XII таблицъ, то увидимъ, что надзоръ за безумнымъ названъ общимъ выраженіемъ «custodia», слово встрѣчающееся также и для опредѣленія опеки (Festus v. nec.; Gajus 2 § 104) и наоборотъ вполнѣ замѣняемое словомъ tutela (L. 1 C. 6, 38: tutelae causa in praedium translata sunt),—но не словомъ «cura».

Наконецъ, въ заключеніе спросимъ: какое могло быть практическое значеніе въ преименовкѣ опеки надъ несовершеннолѣтнимъ безумнымъ въ попечительство надъ тѣмъ же, но уже взрослымъ furiosus? Впослѣдствіи это, конечно, имѣло значеніе, когда съ установившимися сроками совершеннолѣтія названіе «tutela» ограничилось только случаями несовершеннолѣтнихъ furiosi. И то значеніе этого ограниченія выражалось въ одномъ только названіи, получившемъ уже техническій смыслъ.

Сказанное должно быть распространено и на попечительство надъ расточителями (prodigi L. 12 § 2 D. 26, 5; L. 1, 10, 15 § 1

D. 27, 10; L. 40 D. 50, 17 см. Kuntze Cursus § 427), надзоръ за которыми по всей вѣроятности впервые и подалъ поводъ къ происхожденію попечительства [1]). А именно, надзоръ за расточителями

[1]) Несомнѣнно, что cura prodigorum было гораздо позднѣйшаго происхожденія, чѣмъ cura furiosi. Хотя теперь и принято большинствомъ писателей (см. Bruns Font. стр. 18 прим. 3) возстановленіе текста Готофредомъ (см. Fontes quattuor jur. civ. Not ad tab. 5 стр. 208) изъ Cic. Quaest. Tusculan. 3, 11 и de Invent. 2, 59: «Si *furiosus aut prodigus* existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave ejus potestas esto»,— то все таки нельзя считать рѣшеннымъ вопросъ Хейнекція (Antiquit. Rom. I, 23 § 2): quaero adhuc posse utrum ex verbis decemvirorum an ex eorundem interpretatione nata sit curatio prodigorum? Нерѣшеннымъ мы считаемъ этотъ вопросъ потому, что 1) хотя и ссылаются (см. Dirksen Kritik etc. стр. 369 и слѣд., Глюкъ 33 стр. 162 и слѣд., Шрадеръ Comment. ad § 3, I. I, 23) въ подтвержденіе чтенія Готофреда на множество другихъ выраженій источниковъ, которыми всегда постановленія XII Таблицъ о безумныхъ распространяются и на расточителей (напр. Ulp. 12 § 2; § 3 I. 1, 23; L. 3 pr. D. 26, 1; L. 1, 13 D. 27, 10; L. 18 D. 28, 1; L. 5 § 1 D. 29, 2), но къ сожалѣнію это уже все источники такого поздняго происхожденія, когда постановленія XII Таблицъ были уже давно забыты (jam nemo discit, сказалъ Цицеронъ). Нѣкоторые писатели (напр. Глюкъ 28 стр. 464) даже постановленія XII Таблицъ полагаютъ извѣстными за долго до написанія ихъ; при этомъ ссылаются обыкновенно на слова Ульпіяна: Lege XII tab. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; *quod moribus quidem ab initio introductum est* L. 1 pr. D. 27, 10). На сколько вѣсу имѣетъ подобная ссылка, мы можемъ судить изъ словъ того же Ульпіяна, который tutores praetorii считаетъ также moribus introducti (Ulp. XI § 24); между тѣмъ какъ невозможно сомнѣваться въ несравненно позднѣйшемъ, по отношенію къ XII таб., происхожденіи подобныхъ опекуновъ.—Итакъ весьма вѣроятно, что позднѣйшіе юристы могли по преданію перенести древнѣйшую интерпретацію XII Таблицъ къ постановленіямъ самихъ XII Таблицъ (Schweppe Röm. Rechtsgeschichte § 293). 2) Во всѣхъ сохранившихся до насъ фрагментахъ 5-ой таблицы говорится только о безумныхъ (см. Bruns V tab.) и 3) Самый достовѣрный источникъ, изъ котораго мы могли бы почерпнуть о содержаніи V-ой таблицы по этому вопросу, а именно сочиненія Цицерона постоянно говорятъ только объ однихъ безумныхъ (см. Cic. de Republic. Lib. 3 c. 33; De invent. rhetor. 2, 50; Auctor ad Herenn. 1, 13; Tusculan disput. 3, 5; см. также Festus v. nec). 4) Формула bonis interdicere (Paul. Recep. Sent. 3, 4 a § 7) преторскаго происхожденія (см. Schulting Juris Antejust. стр. 341 прим. 15). 5) Не лишены значенія слова Ульпіяна: «curatorem it (prodigo) dari exemplo furiosi». Слѣдовательно, cura prodigi должно быть позднѣйшаго происхожденія. Въ новѣйшее время Вангеровъ (I § 293) пытался подкрѣпить противное мнѣніе тѣмъ обстоятельствомъ, что cura prodigi первоначально назначалось только надъ расточителями родоваго имущества, дошедшаго къ нему ab intestato (Paul. Recep. Sent. 3, 4 a § 7); между тѣмъ какъ, по его мнѣнію, этого ограниченія нельзя допустить для наложенія попечительства надъ безумными (Schweppe Rechtsg. § 424, 432), а слѣдовательно онъ считаетъ невозможнымъ распространять положенія такого полнаго попечительства, какимъ было cura furiosi, на ограниченные

не выроботался вдругъ въ одно цѣлое. Интерпретація XII таблицъ предусмотрѣла только расточительство наслѣдовавшаго ab intestato (Ulp. XII § 3) и распространила на него положенія о безумныхъ (Löhr Magaz. 3 стр. 33), такъ что этотъ единственный видъ расточительства долженъ былъ подпасть подъ правила объ опекѣ надъ безумными. Но впослѣдствіи, когда понятіе расточительства приняло болѣе широкое значеніе, тогда, разумѣется, разъ признанная за извѣстнымъ лицомъ собственность не могла уже разсматриваться даже формально собственностью другаго лица, какъ этому не было препятствій въ случаѣ мотовства родоваго имущества. Если же съ назначеніемъ къ расточителю попечителя первый продолжалъ разсматриваться собственникомъ опекаемаго имущества, то ни что не препятствовало ему и фигурировать въ совершеніи юридическихъ актовъ при соучастіи попечителя (consensus curatoris). Все сказанное было несогласно съ понятіемъ древней опеки; почему мало по малу и выработалось изъ него понятіе попечительства, котораго отличительнымъ признакомъ сталъ извѣстный возрастъ опекаемаго, а не характеръ попечительской власти, такъ какъ древнѣйшіе случаи наложенія попечительства за расточительство нѣкоторое время и по выработкѣ понятія попечительства ничѣмъ не отличалось отъ опеки. Разъ же возрастъ опекаемаго сдѣлался отличительнымъ признакомъ той или другой власти, то и опека надъ совершеннолѣтними безумными необходимо должна была преобразиться въ попечительство. Вотъ по моему мнѣнію исторія попечительства. И такъ основное понятіе объ опекѣ, какъ надзорѣ за имущественнымъ интересомъ только несовершеннолѣтнихъ, къ которымъ причислялись и женщины, не могло бо-

---

случаи попечительства надъ расточителями. Этого объясненія нельзя допустить никоимъ образомъ. Древнее основаніе наложенія попечительства на расточителей самъ Вангеровъ полагаетъ въ стремленіи сохранить имущество въ родѣ. Только такое лицо и считалось расточителемъ, которое расточало отцовское добро (см. формулу интердикціи). Во первыхъ спрашивается теперь: въ чемъ же заключалось ограниченіе, когда новѣйшаго понятія расточительства (Gaj. 1 § 53; § 3 I. 1, 8; Virgilius Aeneid. lib. 6 vers. 610; L. 12 § 2 D. 26, 5) неимѣлось, а на всѣхъ тѣхъ, кто считался расточителемъ, и налагалось попечительство. Но во вторыхъ, даже если бы и принять древнее попечительство только для ограниченныхъ случаевъ расточительства, то все таки еще непонятно: почему положенія извѣстнаго института не могутъ распространяться даже на индивидуальные случаи? Предвидя этотъ вопросъ, Вангеровъ едва-ли бы рѣшился на такое объясненіе своего положенія.—Итакъ въ результатѣ научнѣе будетъ держаться подлинныхъ словъ XII таб. (Bruns), не распространяя ихъ на случаи, ими непредусмотрѣнные.

лѣе распространяться на лицъ, признаваемыхъ совершеннолѣтними уже и помимо политическихъ и гражданскихъ правъ, будутъ ли они безумными, расточителями или нѣтъ. Такъ безумный несовершеннолѣтній находился подъ опекою, а совершеннолѣтній подъ надзоромъ того же характера, но другаго нетехническаго, общаго, именно cura, которое впослѣдствіи, особенно послѣ появленія curae minorum мало по малу пріобрѣло техническое значеніе. Вотъ исторія отдѣленія попечительства отъ опеки. Мы называемъ это отдѣленіемъ, такъ какъ нѣкоторые виды надзора, названные впослѣдствіи попечительствомъ, какъ напримѣръ попечительство надъ лицами безумными, существовали всегда. Всегда были безумные и никогда члены рода не могли ихъ оставить безъ надзора, а такъ какъ надзоръ этотъ не могъ имѣть подраздѣленій въ патріархальномъ быту, то и выражался въ одной и конечно, болѣе древнѣйшей формѣ, а именно формѣ опеки. Положительныя доказательства нашего воззрѣнія въ исторіи исковъ по опекѣ и попечительству. Въ оставшихся извѣстіяхъ о содержаніи XII таблицъ находимъ два иска по опекѣ, actio rationibus distrahendis и accusatio по suspecti crimen. Оба въ позднѣйшемъ правѣ были распространены на опеку и попечительство; XII же таблицъ упоминаютъ ихъ только для первой [1])... ea actione (sc. rationibus distrahendis), quae proponitur ex lege duodecim tabularum *adversus tutorem*... (L. 55 § 1 D. 26, 7; для accusatio suspecti см. L. 1 § 2 D. 26, 10 срав. съ L. 1 pr. и § 3 D. eod. О значеніи другихъ свидѣтельствъ см. у *Dirksen* Uebersicht etc. стр. 599—601). Правда, въ Дигестахъ (26, 10) и Кодексѣ (5, 43) accusatio suspecti распространено уже на оба института, но что для попечительства оно признано было гораздо позднѣе XII таблицъ, показываетъ самый способъ выраженія этого признанія. Въ преторскомъ эдиктѣ мы читаемъ (ad Edictum L 3 § 2 D. 26, 10): non tantum autem adolescentis curator, sed etiam furiosi, vel prodigi ut suspectus removeri potest. И дальше (ad Ed. L. 3 § 3 D. eod.): sed et si quis curam ventris bonorumve administrat, non carebit hujus criminis metu. Если бы попечительство было также древне, какъ и опека, то въ подобныхъ положеніяхъ не было бы и необходимости. Если преторскій эдиктъ говоритъ объ accusatio suspecti curatoris furiosi etc., то значитъ, прежде оно само собою не разумѣлось, какъ разумѣлось въ позднѣйшемъ правѣ (см. L. 5 C. 5, 43), а изъ этого слѣдуетъ, что accusatio suspecti по опредѣленіямъ XII таблицъ извѣстно было только для опеки.

Послѣ приведенныхъ основаній единственно что могло бы остановить сдѣлать нашъ выводъ это—заключеніе нѣкоторыхъ писателей по молчанію источниковъ объ опекѣ родичей (gentilium). Дошедшій до насъ фрагментъ XII таблицъ читается: si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto (Cic. de invent. 2, 50). Объ опекѣ же родичей въ источникахъ не сохранилось слѣда. Если допустить на основаніи молчанія источниковъ различіе хотя бы въ этомъ только отношеніи, то, разумѣется, лопается однобразность древней опеки, подъ которую подходитъ и надзоръ за безумными, а тѣмъ и наше положеніе оказывается поколебленнымъ. По этому считаемъ не обходимымъ остановиться на вопросѣ объ опекѣ родичей.

О tutela gentilium.

Допускалась ли въ древнемъ Римскомъ правѣ tutela gentilium?

Прежде чѣмъ приступить къ непосредственному рѣшенію даннаго вопроса, необходимо установить понятіе римскаго gentis (по этому вопросу мы имѣемъ весьма талантливо написанныя монографіи двухъ французскихъ ученыхъ: *Giraud* De la gentilité Romaine (Révue de la legislation III de 1846) и *Troplong*. De la gentilité romaine. Observations sur le mémoire de M. Giraud въ Révue de leg. I de 1847), до сихъ поръ еще вовсе не установившееся въ наукѣ, а между тѣмъ отъ котораго зависитъ утвердительный или отрицательный отвѣтъ на данный вопросъ.

Законодательные источники не даютъ намъ ни одного опредѣленія gentis а о смыслѣ этого слова, попадающагося въ нѣкоторыхъ фрагментахъ Дигестъ, предоставляется сдѣлать заключенія уже нашей логикѣ. Чтобы сразу видѣть какими средствами мы обладаемъ для раскрытія сущности gentis, приводимъ всѣ болѣе или менѣе важныя опредѣленія его римскими писателями. Такъ прежде всего Цицеронъ, жившій отъ 106—43 до Р. Х., въ *Topic* 6 говоритъ: Itemque gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt; non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt; ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit; abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti; hoc fortasse satis est. Nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse (см. также Cic. Tuscul I, 16). Опредѣленіе многословное, но сущности gentis не выясняющее вовсе (см. Troplong стр. 13). Не больше сказалъ другой писатель, распространившій опредѣленіе Цицерона, конечно, съ на-

мѣреніемъ выяснить неопредѣленность послѣдняго, но не сказавшій ничего новаго.

Boetius (Severinus), жившій отъ 470-524 г. по Р.Х. (Comment. in Ciceronis Topica изданіе Брунса), говоритъ: *gentiles* sunt, qui eodem nomine inter se sunt, ut Scipiones, Bruti et ceteri. Quid? si servi sunt. Num ulla gentilitas servorum esse potest? Minime. Adjiciendum igitur: qui ab ingenuis oriundi sunt. Quid? si libertinorum nepotes civium romanorum eodem nomine nuncupantur. Num gentilitas ulla est? Ne id quidem: quoniam ab antiquitate ingenuorum gentilitas ducitur. Addatur igitur: quorum majorum nemo servitutem servivit. Quid? si per adoptionem in alterius familiam transeat. Tunc, etiamsi ejus gentis, ad quem migravit, nomine nuncupetur, licet ab ingenuis et ab iis ortus parentibus, sit, qui nunquam servitutem servierint, tamen quoniam in familia gentis suae non manet, ne in gentilitate quidem manere potest; addendum igitur est: neque capite sunt deminuti.

Другіе писатели выражаются не яснѣе; такъ *Servius* (Maurus Honoratus), жившій около 390 г. по Р.Х., (изд. ad Aeneid. 3, 133 Burmani) опредѣляетъ gentem, какъ sociorum multitudo.

Varro, жившіи отъ 116-28 г. до Р.Х. de lingua latina (ed. Bruns) Lib. VIII, 4: Ut in hominibus quaedam sunt cognationes et gentilitates, sic in verbis; ut enim ab Aemilio homines orti Aemilii, ac gentiles, sic ab Aemilii declinatae voces in gentilitatae nominali; ab eo enim, quod est impositum recto casu Aemilius orta Aemilii, Aemilium etc.

До сихъ поръ приведенныя опредѣленія не допускаютъ даже интерпретаціи по своей неопредѣленности. Насколько содержательнѣе опредѣленіе грамматики Феста (*Festus*), жившаго по всей вѣроятности въ позднѣйшія императорскія времена (e libris de verborum significatione (извлечено изъ труда Веррія Флакка временъ Августа)...ed Bruns: *Gens* Aelia appellatur, quae ex multis familiis conficitur. *Gentilis* dicitur ex eodem genere ortus, et is, qui simili nomine appellatur, at ait Cincius: «Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellatur» (см. Paulus Diaconus. Excerp. Festi p. 94 ed. Müller). И еще яснѣе говоритъ Isidorus, епископъ Испанскій, † 636 по Р. Х. (Origin. ed. Bruns. Lib. IX 2, 1 — «Gens est multitudo ab uno principio orta,—appellata propter generationes familiarum, i. e. a gignendo, sicut natio a nascendo». Вотъ всѣ опредѣленія gentis, которыя дошли до насъ отъ римскихъ писателей. Одинъ

изъ нихъ (*Scaevola* у Cic., *Cincius* у Fest.) вовсе не касаются сущности учрежденія gentis, приводя только внѣшніе признаки принадлежности къ нему. Всѣ же прочіе цитированные писатели стоятъ въ рѣшеніи даннаго вопроса почти въ равномъ съ нами положеніи. За долго до классическаго періода Римскаго права gentilitas утратила уже всякое юридическое значеніе, благодаря развившемуся значенію преторскаго эдикта (см. о правѣ наслѣдства gentilium у *Segerus* Historia tutel. 3), такъ что не давало уже повода упоминать о себѣ въ источникахъ (У Цицерона еще встрѣчается это выраженіе (Cic. de orat. I, 39). Но насколько изгладилось воспоминаніе о gentilitas во времена Юстиніана всего лучше свидѣтельствуется Теофиломъ, который, говоря про наслѣдство и попечительство по XII Таблицамъ, даже и не упоминаетъ о наслѣдствѣ и попечительствѣ гентиловъ, въ чемъ нельзя сомнѣваться напр. по свидѣтельству Цицерона (de invent 2, 50; м. Рудорфъ 1 Стр. 211;—Gajus 3 § 17 ..... totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est .....) А въ разъясненіи учрежденія историческаго, оставившаго по себѣ память только въ одномъ имени, разница между Festus, Isidor'омъ и нами будетъ только развѣ же въ количествѣ столѣтій, на которыя отстаютъ они и отстаемъ мы отъ того періода, когда gens была еще въ полной силѣ.

Это отсутствіе всякихъ точныхъ данныхъ къ разъясненію вопроса вызвало, конечно, въ литературѣ самыя противоположныя воззрѣнія на сущность gentis. Всѣ мнѣнія могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ.

Одни (*Giraud* и кромѣ приведенныхъ у него въ концѣ монографіи писателей, особенно важно мнѣніе *Walter* Röm. R. Gesch. § 13 и 14; *Huschke* Verfassung des Servius Tullius S. 26 27 и *Le Fort* p. 13, 14, *Zimmern* и др.) по иниціативѣ Нибура (См. *Troplong* p. 6, 7) понимаютъ gens, какъ учрежденіе чисто политическое, имѣвшее въ виду интересъ муниципальнаго управленія. Другіе же наоборотъ отрицаютъ всякій политическій элементъ, принимая gens за союзъ родственный (Cujacius, Heineccius, Pothier, Troplong, *Fustel de Coulanges* (La cité antique etc. chap. X. и др.).

Мысль первыхъ формулируется слѣдующимъ соображеніемъ о государственномъ устройствѣ древняго Рима. Весь народъ дѣлился на три трибы, каждая триба на десять курій, а каждая курія на десять декадъ (что декады Діонисія Галикарнасскаго тождественны декуріямъ см. Нибура Т. 1 Стр. 354; Вальтеръ Стр. 17), или декурій, или gentes, и, наконецъ, каждая gens—на десять семей (familiae.

Huschke Verfass. стр. 27). Такъ gens будетъ слѣдовательно политической частью куріи и въ тоже время сама будетъ дѣлиться также на политическія единицы, семьи, соединенные слѣдовательно не по естественному закону родственнаго происхожденія.

Напротивъ, другіе писатели отождествляютъ gens съ понятіемъ рода, принимая семьи, какъ родственныя вѣтви одного и того же начала (*Huber* Praelect. Стр. 58). Gens со всѣми семьями своими однимъ словомъ выражался въ генеалогической таблицѣ.

Были и другія незначительныя варіаціи того или другаго направленія (см. Fustel de Coulanges chap. X, № 2). но мы не будемъ на нихъ останавливаться, такъ какъ намъ существенно важно доказать вѣрность послѣдняго мнѣнія въ противность первому. Понимая gens какъ союзъ родственный, и притомъ тождественный съ декуріею (а этого мы не можемъ не сдѣлать, сравнивая Тита Ливія съ Діонисіемъ Галикарнасскимъ), мы сознаемъ, какъ не сознавали этого всѣ сторонники его, что становимся въ разрѣзъ со всѣмъ тѣмъ, на чемъ остановилась наука въ воззрѣніи на исторію государственнаго устройства Древняго Рима. Но что же дѣлать, если логическія разсужденія, подкрѣпленныя косвеннымъ доказательствомъ послѣдующей исторіи конституціи первыхъ царей, и сравнительныя извѣстія, болѣе или менѣе достовѣрныя, изъ быта другихъ націи (см. у Troplong на сколько неосновательно уподобленіе римскаго gentis съ греческимъ γένος, якобы политическимъ учрежденіемъ) не могутъ гармонировать съ господствующей теоріею. Да и не ужъ-то историческая критика сказала свое послѣднее слово съ трудомъ Нибура? И такъ исторія не можетъ признать, что (общества) союзы человѣческіе имѣли бы началомъ искусственное какое нибудь соображеніе, въ родѣ договора или предписанія власти (*Fustel-de-Coulanges* § 2 chap. X). Далѣе, будь вышеприведенное дѣленіе народа Римскаго основаніемъ всего государственнаго строя Рима, то спрашивается: когда этотъ политическій порядокъ былъ низвергнутъ, не оставивъ по себѣ въ своемъ основаніи никакого слѣда? Во времена Императорскія про gens уже почти ничего не слышно даже въ гражданскомъ правѣ (у Suet. Iul 6 Octav. 1; Claud. 24 и Plin. Paneg. 37 gens уже отождествляется вполнѣ съ фамиліею).

Вѣдь такія революціи безслѣдно въ исторіи пройти не могли. Это соображеніе одно изъ самыхъ важныхъ опроверженій теоріи политическаго устройства gentis, возраженіе, на которое еще не было отвѣта, да и не можетъ быть. Къ этому если прибавимъ новѣйшія воззрѣнія.

(см. Schwegler röm. Geschichte) на достовѣрность свѣдѣній Ливія и Діонисія о первыхъ временахъ Римской исторіи, то сомнѣнія о достовѣрности нашего предположенія и быть, кажется, не можетъ. Этому воззрѣнію не противорѣчитъ обособленность каждаго рода: отдѣльные боги (Dii gentiles, θεοὶ γενθέλιοι), круговая порука его членовъ, судъ главы и тому подобное (См. *Fustel-de-Coulanges* Chap. X), потому что ту же обособленность встрѣчаемъ мы и въ каждой семьѣ римской, связь между членами которой никто не назоветъ политической (L. 195 § 14 D. de verb. sign. 20, 16).

Далѣе уже слѣдуютъ соображенія, прямо подтверждающія родственное основаніе gentis. Извѣстно, что gentiles допускались по закону, какъ и агнаты, къ наслѣдству. Невозможно предположить различныхъ основаній права наслѣдованія для тѣхъ и другихъ. Для первыхъ какую то политическую, чисто внѣшнюю связь, для другихъ—родство. Невозможно допустить уже потому, что во первыхъ въ источникахъ не выразилось даже ни однимъ намекомъ это различіе основаній, а во вторыхъ, немыслимъ такой насильственный переворотъ, искусственно произведенный законодательною властью, когда самъ народъ, составлявшій эту законодательную власть, такъ крѣпко держался семейнаго начала, а именно, чтобы предпочесть пустое имя, внѣшнюю связь, кровному родству, какъ-то когнатству. «Невозможно. чтобы одно имя рѣшало драгоцѣннѣйшія права семейныя» (*Troplong* p. 13). Далѣе, gens-синонимъ слова genus (*Troplong* p. 13), а оба вмѣстѣ происходятъ a gignendo (*Isidor*. Orig. Lib. IX, 2, 1); какъ греческое слово γένος соотвѣтствуетъ словамъ γεννᾶν и γονεύς. Кромѣ того есть положительныя извѣстія, какъ понималось Римскими юристами различіе между агнатами, когнатами и гентилами. Такъ напр. *Paulus* (L. 10 § 2 D. de grad. affin. 38, 10) говоритъ: cognati sunt, et quos agnatos lex XII tab. appellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia, qui itaque *longius ac remotius* per virilis sexus adscendentes conjugebantur illi non agnati sed gentiles erant (см. Friesen De tutelae et success. leg). Хотя граница рѣзко не проведена между агнатами и gentiles, но этого и не могло быть, такъ какъ единственное между ними различіе это въ болѣе или менѣе отдаленной степени родства къ данному лицу. Кажется ясно. Наконецъ, родственное начало служило основаніемъ gentis уже потому, что этимъ подкрѣпляется общепринятое начало государственнаго права всѣхъ народовъ объ образованіи государства изъ семьи, рода, общины.

Если мы и признаемъ родственное основаніе gentis, то этимъ не отрицаемъ того, чтобы gens, какъ единица, не принимала извѣстнаго участія въ политической жизни Рима, но государственный строй независѣлъ отъ существованія или несуществованія gentis, какъ независѣло и отъ внутренней организаціи семьи, измѣнившей свой характеръ въ послѣдующей исторіи, когда измѣнился и распылся и самъ gens.

И такъ *gens* былъ *родъ* и, какъ родъ, *это былъ союзъ родственный.*

Теперь обратимся къ рѣшенію главнаго вопроса: *допускалась ли по древнему римскому праву tutela gentilium?* Въ литературѣ встрѣчаемъ отвѣтъ и утвердительный и отрицательный, хотя по способу выраженій своихъ взглядовъ всѣхъ писателей можно было бы раздѣлить на 4 категоріи: 1) съ убѣжденіемъ стоящіе за допущеніе къ опекѣ gentiles (напр. Selchow § 585; Гансъ Scholien стр. 240; Rein das röm. Privatrecht стр. 242; Вальтеръ Geschicht. d. röm. Recht. 2 стр. 153; Рудорфъ 1 стр. 210—213; Келлеръ § 426 и др.). 2) съ убѣжденіемъ же отрицающіе это допущеніе (напр. Huber Praelection jur. civ. стр. 58; Labr Magaz. 3 стр. 3 not. 2; Danz Lehrb. der Geschicht. d. röm. Rechts 1 § 118 и др.); 3) высказывающіе тотъ или другой взглядъ только какъ предположеніе (напр. Савиньи Geschlechtstutel (Zeitsch. f. geschicht. Rechtsw. 3 № 10 прим. 6) Müller Institut. § 173 прим. 11; Boecking Instit. § 45 n; Demangeat I стр. 349 и др.) и 4) вовсе обходящіе этотъ вопросъ, конечно, въ убѣжденіи невозможности дать какой либо достовѣрный на него вопросъ (напр. Höpfner Coment.; Tigerström die innere Geschicht. d. röm. Rechts и др.). Писатели третьей категоріи въ научномъ смыслѣ поступаютъ добросовѣстнѣе. Ни *да*, ни *нѣтъ* съ полнымъ убѣжденіемъ на основаніи источниковъ сказать нельзя. Остается только путь предположеній, а этотъ путь направляется скорѣе къ утвердительному, чѣмъ къ отрицательному отвѣту. Мы знаемъ, какой тѣсный союзъ своихъ членовъ представлялъ древній gens. Общіе боги, гробницы, круговая порука, общій глава-повелитель и судья, и такъ далѣе (см. Marquardt Altertüm. ч. 2 от. 1 стр. 44 и слѣд. Fustel-de-Coulanges). Если къ этому же еще прибавимъ, что связь эта скрѣплялась общимъ происхожденіемъ, то разница между агнатами и гентилами выразится развѣ лишь въ одной большей или меньшей родственной отдаленности отъ извѣстнаго лица (Paulus L. 10 § 2 D. de grad. affin.). Выставляя же основаніемъ опеки—родство, неужели римляне

могли предпочитать чужихъ, за неимѣніемъ агнатовъ, родственникамъ пупилла? Ужь это одно, кажется, должно было бы рѣшить споръ. Но эта мысль не приходила въ голову спорящимъ, которые все вниманіе сосредоточивали на опроверженіи частныхъ положеній противниковъ. Такъ на высказанное неудобство допустить одновременно къ опекѣ большое число равныхъ въ правахъ на нее gentiles (*Löhr* cit. стр. 3 Note 2), было отвѣчено примѣромъ достовѣрного cura gentilium (Рудорфъ I стр. 211; Zimmern стр. 872 п. 22), — и съ этимъ спорить нельзя. Но не такъ легко отвѣтить на высказанное сомнѣніе о зависимости права на опеку отъ права на наслѣдство на основаніи L. 1 § 1 D. de legit. tutor (XXVI, 4 и *Gay.* I, 165), такъ какъ въ источникахъ встрѣчаются и такія выраженія, изъ которыхъ можно было бы заключить, что напротивъ право на наслѣдство принадлежитъ тому, кому принадлежитъ опека: L. 73 pr. — D. de R. I. (1, 17) Quint. Muc. Scaevola... *Quo* tutela redit, *eo* hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt (Danz cit. см. подробную интерпретацію у Готофреда In titulum Pandect. de div. jur. antiq. стр. 314—417. Срав. переводъ этого положенія Харменопуломъ 5, 1[2], 18 ed. Heimbach). Такъ по послѣднему положенію выходитъ, что только по исключенію возможно было вступить въ наслѣдство, не будучи опекуномъ несовершеннолѣтняго наслѣдодателя [1]). Такъ женщины устранялись отъ опеки, но не отъ права наслѣдованія (Interdum alibi est hereditas alibi tutela; utputa si sit consanguinea pupillo nam hereditas quidem ad agnatam pertinet tutela autem ad agnatum L. 1 § 1 D. 26, 4; см. Demangeat I стр. 350). Но это исключеніе основывалось на положительномъ законѣ, объявившемъ опеку за munus virile (L. 16, 18 D. 26, 1; L. 1 C. 5. 35), по какимъ мотивамъ — это уже объясняется положеніемъ женщины въ древнемъ Римѣ, въ силу котораго ей предполагалось по принципу быть самой подъ опекою всю жизнь, а не потому что женщина носила до выхода замужъ только nomen gentilicium. Слѣдовательно все таки фактъ остается тотъ, что можно было быть наслѣдникомъ, не бывъ предварительно опекуномъ (См. другіе примѣры, не упомянутые Муціемъ, у Schilling Bemerkung. стр. 52; Zimmern стр. 898 и 899; Puchta Cursus

---

[1]) Нѣкоторые писатели напр. Faber, Giphanius и др. см. у Schulting'a стр. 62 Not. 5) думали, что вѣрнѣе читать наоборотъ, но такъ какъ нѣтъ никакихъ основаній измѣнять чтеніе въ этомъ видѣ передаютъ фрагментъ Базилики и Харменопулъ L. 5 t. 8, то остается только рѣшить вопросъ помимо этого фрагмента.

§ 297; Demangeat I стр. 350). Далѣе, кромѣ постояннаго соотвѣтствія по источникамъ между правомъ на наслѣдство и обязанностью быть опекуномъ (см. ниже), это соотвѣтствіе необходимо понимать въ смыслѣ зависимости обязанности быть опекуномъ отъ права на наслѣдство, если не пожелаемъ встать въ разрѣзъ съ нашимъ пониманіемъ опеки въ древнѣйшія времена. При дѣленіи жизни человѣческой по отношенію къ дѣеспособности только на два возраста — полнаго совершеннолѣтія и полнаго несовершеннолѣтія, къ которому должны отнести и всѣхъ женщинъ, — мы непремѣнно придемъ къ полной фактической замѣнѣ власти отцовской властью опекунской ближайшаго родственника (Neuner Rechtsverh. стр. 24 прим. 1), какъ то было при сына furiosi (см. *Brunz* Fontes Tabl. V § 7 a; *Cic.* de invent. 2, 50; *Cic.* Tuscul. III, 5; *Auct. ad.* Herenn. I, 13. *Varro* de Re. Rust. I, 2; *Columella* de R. R. 1, 3) и prodigi (см. *Marquardt* Handbuch der röm. Alterthümer ч. 2 от. 1 стр. 48 прим. 95). Если же послѣднее обусловливалось правомъ на наслѣдство и притомъ съ такою послѣдовательностью, что распространялось даже на gentiles (*Cic.* De invent. II, 50), то отъ чего жь бы не отнести эту зависимость и на опеку, не построить на равныхъ основаніяхъ одного и того же заключенія (Demangeat I стр. 350)? Такое пониманіе дѣла находили мы у одного изъ редакторовъ Свода Юстиніана, именно Теофила (ad. pr. I. 1, 17): кому законъ предоставляетъ выгоды наслѣдства, того отягощаетъ и опекою [1]). А какъ на-

[1]) Это положеніе можетъ считаться общимъ во всѣ времена римской исторіи. Агнаты весталокъ не наслѣдовали имъ, почему не обязывались и опекать ихъ (Plutarch in Numa c. 9; Gaj. 1 § 145; Gell. 1, 12). Tutor heres pupilli, говоритъ Цицеронъ (Brut. 52). Pupillumve utinam quem proximus heres impello, expungam! (Pers. sat. II, 12, 13). Тоже положеніе находимъ и у классическихъ юристовъ: legitimae tutelae lege XII tabul. agnatis delatae sunt, et consanguineis, item patronis, *id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia, ut, qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur* (Ulp. L. 1 pr. D. 26, 4). Тоже см. у Гая I § 192. Къ подобнымъ свидѣтельствамъ слова Теофила очевидно могутъ служить только комментаріемъ (см. Burchardi 2 § 132). Наконецъ, въ Novell. 118 c. 5 читаемъ: ... sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur... functionem tutelae suscipere. Поясненіемъ послѣднихъ словъ могутъ служить слова Институцій: quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet (pr. I. de leg. patr. 1, 17; см. Friesen § 6, Selchow § 584). Съ другой стороны зависимость обязанности принять опеку отъ права на наслѣдство подтверждается еще и тѣмъ, что только tutela legitima прекращалась minima capitis deminutione tutoris (Ulp. 11 § 9), въ томъ числѣ, конечно, и tutela manumissoris въ случаѣ усыновле-

слѣдство получали и gentiles (*Ulpian.* Coll. leg. mosaic. XVI, 4 § 1 и 2; *Gaj.* III § 17), то они же допускались и къ опекѣ. Если противъ этого возражаютъ, выходя изъ различія теоретическаго cura и tutela, говоря, что cura имѣетъ своимъ назначеніемъ одно только administratio bonorum, потому необходимо связано съ имуществомъ, а tutela назначается помимо имущественнаго интереса опекаемой (*Bethmann-Hollweg*, Rhein. Mus. B. VI S. 228 f. *Dons* cit.), то на это мы можемъ отвѣтить, доказавъ ложность этого различія, а это уже принадлежитъ не сюда. Наконецъ, положеніе, что tutor gentilis не могъ получать права auctoritatem interponere (*Löhr Mag.* 3 стр. 3 A. 2), во первыхъ лишено всякаго основанія, а во вторыхъ, даже допуская его, оставимъ не разъясненнымъ отчего gentilis не допускался по крайней мѣрѣ къ опекѣ надъ infantes или furiosi, во время несовершеннолѣтія послѣднихъ. Вѣдь ужь тутъ даже и auctoritatis interprositio не требовалось?

И такъ все выше сказанное даетъ намъ право предполагать, что въ древнемъ Римѣ въ опекѣ допускались и gentiles. Основаніе, почему въ позднѣйшихъ источникахъ мы не встрѣчаемъ извѣстій о tutela gentilium, лежитъ въ самомъ устройствѣ gentis. Какъ союзъ родственный онъ предполагаетъ развѣтвленіе до безконечности, а это ведетъ къ ослабленію интенсивной силы связи его членовъ, пока, наконецъ, съ окончательнымъ развитіемъ государственнаго начала, родъ не расплывается и, наконецъ, не сливается съ нимъ, оставляя за собой воспоминаніе въ именахъ лицъ совсѣмъ уже другъ другу чуждыхъ. Это разрушеніе родоваго быта окончилось задолго до писателей-юристовъ, отъ которыхъ мы могли бы ожидать точныхъ свѣдѣній о tutela gentilium, а именно Гайя (III § 17... totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse...) и Ульпіана [1]). Еще у Гайя стараются доказать существованіе подобнаго извѣстія въ пробѣлѣ Веронской рукописи (Глюкъ 29 § 1315 a; Рудорфъ I § 211; Мюллеръ § 173 прим. 11; Demangeat I стр. 350). Но если бы даже этотъ пробѣлъ былъ занятъ чѣмъ-нибудь и другимъ, то все таки мол-

---

нія послѣдняго (Gaj. I § 195; Ulp. 11 § 17). Конечно, впослѣдствіи съ предоставленіемъ полнаго права наслѣдованія когнатамъ (Novel. 118 c. 5), это положеніе должно было потерять силу. Послѣ сказаннаго понятно, почему Danz отказался впослѣдствіи отъ своего воззрѣнія на tutela gentilium, т. е. по крайней мѣрѣ въ послѣднемъ изданіи (1871 г.) своей исторіи римскаго права болѣе не упоминаетъ о немъ.

[1]) Послѣднія извѣстія о наслѣдствѣ гентиловъ находимъ мы у *Cic.* deor. 1, 39 и у *Sueton.* Jul. 1.

чаніе Гайя и Ульпіяна было бы весьма понятно. Они не писали исторію римскихъ институтовъ, а если и попадаются извѣстія о давно минувшемъ, то это объясняется только отступленіями. О jus gentilicium Гай (*Gaj.* 3 § 17) выражается: «in desuetudinem abiisse, supervacuum est. «Тоже и *Ulp.* (Collat. leg. Mosaic. et Rom. 16 cap. 4 срав. съ Ulp. 11 § 4; 12 § 2, а также ad Sabin. libr. 14 въ L. 1 pr. D. 26, 4): «Nunc nec gentilitia jura in usu sunt.» Если возразятъ намъ отчего же эти писатели не упоминаютъ о tutela gentilium, упоминая часто о правѣ ихъ на наслѣдство по XII таблицамъ? На это мы отвѣтимъ, что если за тѣмъ взять въ руки Теофила или того-же Гайя, но только въ Epit. (L. 1 tit. VII § 1), то мы должны будемъ отрицать и право наслѣдства gentilium, такъ какъ, говоря о правѣ на наслѣдства по XII таблицамъ, они выпускаютъ и gentiles.

Послѣ всего сказаннаго выше цитированныя слова Муціи можно понять за опредѣленіе опеки, какъ обязанности въ смыслѣ тяготы (onus), въ качествѣ частнаго примѣненія общаго правила: commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda (L. 10 D. 50, 17). Terent. Hecyrâ V, 3, 25; Multa ex quo fuerint commoda, ejus incommoda aequum est ferre. Въ Пандектахъ мы можемъ найти совершенно аналогичныя и другія примѣненія того же правила въ частныхъ случаяхъ: наприм. L. 65 D. 17, 2; § 3 I. 3, 23 (24); L. 7 D. 18, 6; L. 15 D. 37, 5; § 3 C. 6, 2; L. 1 § 4 C. 6, 51.

Въ результатѣ же всего сказаннаго оказывается, что всѣ виды опеки открывались, за исключеніемъ агнатовъ, гентиламъ, а слѣдовательно сомнѣніе въ нашемъ положеніи, что попечительства надъ безумными въ древности не существовало, а всѣ виды необходимаго надзора за имущественнымъ интересомъ носили и названіе и характеръ опеки, сомнѣніе, основанное на явномъ допущеніи въ надзору за безумными гентилевъ и молчаніи источниковъ о tutela gentilium, — неимѣетъ болѣе основанія.

Остается слѣдовательно разсмотрѣть отношенія къ попечительству надъ минорами, а тѣмъ вмѣстѣ и къ опекѣ, всѣхъ прочихъ видовъ т. н. curae personalis. Разсмотрѣніе даннаго вопроса мы подраздѣлимъ опять на разсмотрѣніе объ отношеніи по внѣшнимъ признакамъ и на отношеніе по дѣеспособности признанной за субъектами, подчиненными попечительству.

По положенію Антонина Каракаллы, признаннаго de facto уже гораздо раньше, одинъ только возрастъ служитъ основаніемъ наложенія на индивида опеки или попечительства (L. 3 § 1 D. 26, 1;

Дѣйствительно, функціи попечителя во всѣхъ этихъ случаяхъ однѣ и тѣже (см. напр. L. 14 § 7 D. 46, 3).

Вотъ всѣ виды такъ называемаго новѣйшими писателями (см. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. 2, IV § 404) curae personalis. Въ общемъ тождество между ними и попечительствомъ надъ минорами признано и въ источникахъ, какъ свидѣтельствуютъ напр. слѣдующія слова Ульпіана....curatori sibi non sufficientis vel per aetatem, vel per aliam justam causam...(L. 14 § 7 D. 46, 3 см. также L. 12 pr. D. 26, 5. L. 48 D. 26, 7; L. 2 27, 10). Итакъ до сихъ поръ всѣ виды попечительства въ общемъ носятъ одинъ и тотъ же характеръ, а поэтому противопоставляя попечительство надъ минорами опекѣ надъ пупиллами, мы тѣмъ противопоставляемъ всѣ его виды всѣмъ видамъ опеки.

Что же касается до непосредственнаго отношенія разсмотрѣнныхъ только что видовъ попечительства къ опекѣ, то тождество ихъ общаго характера съ опекою еще очевиднѣе. Нѣкоторые изъ нихъ прежде даже носили одно и тоже съ опекою названіе (cura furiosi); другіе образовались чрезъ распространеніе на нихъ началъ первыхъ (cura personarum debilium, cura prodigi); третьи, наконецъ (cura impuberum), какъ мы увидимъ подробно ниже, замѣнялись безразлично одно другимъ, слѣдовательно о различіи въ общемъ опять не могло быть рѣчи. Въ результатѣ слѣдовательно, всѣ разсмотрѣнные виды попечительства съ одной стороны носятъ въ общемъ всѣ признаки попечительства, съ другой стороны ничѣмъ не отличаются отъ опеки.

Разсмотрѣвъ вопросъ объ общемъ отношеніи curarum personalium къ попечительству надъ минорами, остается опредѣлить мѣру дѣеспособности, признанной за индивидами, подчиненными подобному попечительству. Этимъ опредѣленіемъ, съ нашей точки зрѣнія, будетъ обусловливаться характеръ обязанностей попечителя.

Итакъ, *о дѣеспособности лицъ, состоящихъ подъ попечительствомъ.*

1) Безумные (furiosus, demens, insanus, mente captus и т. д.) [1]), само собою разумѣется, лишены были всякой дѣеспособности. Такъ Цицеронъ говоритъ о безумномъ: eum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulae (Cic. Tuscul. 3, 5; L. 6 C. 5, 70). Помпоній и

[1]) Глупость (fatui) въ вопросѣ о подчиненіи попечительству должна быть понимаема за абсолютную; почему въ источникахъ и уподобляется всегда безумію.

Павелъ выражаются еще сильнѣе. Первый: furiosi nulla voluntas est (L. 40 D. 50, 17 см. т. L. 5 § 2 D. 9, 2; L. 8 § 1 D. 26, 5; L. 2 § 3 D. 29, 7; L. 2 C. 4, 38). Второй: furiosus absentis loco est (L. 124 § 1 D. 50, 17). Положительно лишая безумнаго всякой дѣеспособности, источники отождествляютъ его въ томъ отношеніи съ пупиллами (§§ 8, 9, 10 I. 3, 19; L. 7 § 11 D. 42, 4), а слѣдовательно и характеръ обязанностей попечителя надъ безумнымъ ни чѣмъ не будетъ отличаться отъ характера обязанностей опекуна (см. напр. L. 11 D. 26, 8).

2) Попечитель надъ лицами немощными (cura personarum debilium) [1]). Подъ послѣдними мы понимаемъ вопервыхъ лицъ, страждущихъ продолжительными физическими болѣзнями, personae, quae morbo perpetuo laborant и потому rebus suis superesse non possunt (§ 4 I. 1, 23; L. 12 pr. D. 26, 5; L. 2 D. 27, 10; L. 19 D. 42, 5); а во-вторыхъ страждущихъ физическими недостатками, personae, quae vitio perpetuo laborant, какъ-то глухихъ (surdi), нѣмыхъ (§ 4 I. 1, 23; L. 8 § 3 D. 26, 5; L. 20 D. 42, 5).

Всѣ извѣстные мнѣ писатели (см. напр. Voet Comm. ad Dig. 27, 10 § 13; Schweppe § 746) полагаютъ, что попечительство надъ лицами, qui rebus suis superesse non possunt, въ силу продолжительныхъ физическихъ болѣзней, не отнимаетъ дѣеспособности у нихъ, а служитъ только простою имъ помощью. Подобное заключеніе едва-ли справедливо. Коль скоро дѣеспособность извѣстныхъ лицъ не можетъ проявляться, въ силу какихъ угодно основаній, эти лица и разсматриваются по закону недѣеспособными. Римское право не можетъ оставить сомнѣнія въ этомъ положеніи. Такъ Юстиніанъ говоритъ: *mente captis*... et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, *curatores dandi sunt* (§ 4 I. 23, 1). Кромѣ общей формы назначенія попечителя для лицъ немощнымъ, т. е. лишенныхъ возможности проявлять дѣеспособность, эти лица сопоставлены съ безумными [2]), т. е. такими индивидами, за которыми дѣеспо-

---

[1]) Правда, слово «debilis» не употреблялось Римлянами въ смыслѣ родоваго понятія (см. напр. L. 19 и 20 D. 42, 5), но такъ какъ и техническаго понятія съ нимъ не связывалось, а между тѣмъ этимъ словомъ прекрасно оттѣняется безпомощность, именно съ физической стороны, то для большей систематичности мы и употребляемъ его въ родовомъ смыслѣ.

[2]). Мы переводимъ слова «mente captus» словомъ безумный, но многіе писатели (см. Глюка 33 стр. 243) даютъ ему значеніе только слабоумія, что не идетъ окончательно съ безразличнымъ употребленіемъ этого выраженія со словами «demens», «furiosus» (L. 25 C. 5, 4; L. 2 C. 5, 70; L. 9

собности никто предположить не подумаетъ. Итакъ и страждущіе болѣзнями разсматривались вполнѣ какъ недѣеспособныя лица (см. также L. 1 pr. D. 45, 1). Мало того, и основаніе подобной недѣеспособности признавалось источниками одно и тоже, что и для всѣхъ прочихъ лицъ, подпавшихъ опекѣ или попечительству, а именно непризнаніе за ними закономъ тѣхъ душевныхъ качествъ, которыя условливаютъ сознательную волю. Такъ, юристъ Павелъ выражается: in adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest (L. 17 D. 28, 1), т. е. чтобы лишить данное лицо дѣеспособности или иначе подчинить его попечительству требуется, чтобы болѣзненное его состояніе вліяло на умственныя его способности.

Если мы признаемъ за вполнѣ недѣеспособныхъ personas, quae perpetuo morbo laborantes, то тѣмъ менѣе можно въ этомъ сомнѣваться для другой категоріи лицъ помощныхъ, а именно глухихъ и нѣмыхъ. Глухота и нѣмота по Юстиніанову Своду должны быть понимаемы всегда абсолютно: utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur (§ 3 L. 2, 12). Всѣ подобныя лица въ до-Юстиніановомъ правѣ разсматривались какъ такія, qui nihil intelligere possunt (L. 12 § 2 D. 5, 1; L. 65 § 3 in fin. D. 36, 1), т. е. за ними не признавалось никакой воли; почему въ частности имъ запрещалось составлять завѣщаніе (Ulp. 20 § 13; L. 6 § 1 D. 28, 1; L. 8 § 3 D. 29, 7; L. 9 § 1 D. 38, 8), актъ, право на совершеніе котораго можетъ служить мѣриломъ признанной закономъ за завѣщателемъ сознательной воли. Это положеніе до Юстиніана распространялось безразлично на всѣхъ глухихъ и нѣмыхъ, такъ какъ первые конституціею отъ 531 г. положено различать глухихъ, нѣмыхъ отъ рожденія отъ такихъ, у которыхъ morbus postea supervenierat et vocem abstulit, et aures concluserat. Первые, особенно глухіе (они въ тоже время, разумѣется, должны были быть и нѣмыми см. Plin. Hist. Natur. 10, 88) необходимо считались за такихъ лицъ, quae nullum intellectum habent. Римляне не знали искусства передавать подобнымъ индивидамъ понятія, а такъ какъ до конституціи Юстиніана источники упоминаютъ безразлично

С. 6, 26 и особенно см. Festus v. mente captus: Mente dicitur, cum mens ex hominis potestate abiit, *et idem demens*, qui de sua mente decesserit, et *amens*, qui a mente abierit. Или Columella (de re rust. 1, 3): Mente.... captus.... ad agnatos et gentiles.... deducendus сравн. съ Cic. de invent. 2, 50.

всѣхъ нѣмыхъ и глухихъ, то и дѣеспособность за подобными лицами должна быть отрицаема вовсе, какъ за такими индивидами, за которыми закономъ не признано сознательной воли. Конституціею Юстиніана это положеніе не было измѣнено; а только для нѣкоторыхъ лицъ, именно для глухихъ и нѣмыхъ по несчастному случаю и способныхъ выражать какимъ бы то ни было образомъ свои мысли, была признана полная дѣеспособность.

Въ силу же этого признанія и о попечительствѣ надъ подобными лицами не можетъ быть и рѣчи.

И такъ въ результатѣ мы можемъ сказать, что всѣ немощные, находящіеся подъ попечительствомъ, разсматривались въ Римскомъ Правѣ вполнѣ недѣеспособными, и основаніе этой недѣеспособности, обусловливающей необходимое состояніе подъ попечительствомъ, было одно и тоже, что и для всѣхъ прочихъ случаевъ опеки и попечительства, а именно: отсутствіе тѣхъ душевныхъ качествъ, которыми обусловливается сознательная воля. Далѣе, но такъ какъ мѣрою признанной дѣеспособности за лицомъ подъопечнымъ обусловливается и характеръ обязанностей опекуна и попечителя, то данный видъ попечительства и по внутреннему своему содержанію ничѣмъ не отличается отъ опеки и попечительства надъ прочими лицами.

3) Попечительство надъ расточителями (cura prodigi). Про дѣеспособность расточителя источники выражаются вообще неопредѣленно. Они отождествляютъ ее то съ дѣеспособностью безумнаго (Ulp. 12 § 2; L. 12 in fin D. 26,5; L. 1 D. 27,10; L. 40 D. 50,17), то —пупилла (L. 9 § 7 D. 12,1), то — минора (L. 3 C. 2,22; L. 10 pr. D. 27,10). — Расточителемъ называлось лицо... cui commercio interdictum est (Ulp. 20 § 13; § 2 I. 2,12; L. 12 § 2 D. 26,5 срав. Ulp. 19 § 5 съ L. 29 § 1 D. 40,7). Какъ выводъ изъ подобнаго опредѣленія, расточитель лишался всякаго права распоряжаться своимъ имуществомъ:... nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta L. 10 pr. D. 27,10). Какъ дополненіе къ этимъ словамъ можетъ служить слѣдующее выраженіе:... stipulando sibi adquirit tradere vero non potest (L. 26 D. 18,1; L. 11 D. 27,9) vel promittendo obligari, ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso (L. 5 § 1 D. 29,2; L. 3 D. 46, 2) L 6 D. 45,1 срав. съ pr. I. 1,21; L. 9 pr. D. 26,8), т. е. какъ пупиллъ, такъ и расточитель не имѣли права совершать безъ соучастія приставленныхъ къ нимъ лицъ такіе акты, которыми имѣлось въ виду установить обязательство ихъ

или могли влечь убыточныя для ихъ имущества послѣдствія. Такъ ни пупиллъ безъ опекуна, ни расточитель безъ попечителя не могли обязаться контрактами, совершать обновленіе обязательствъ, принимать открывающееся имъ наслѣдство. По послѣдствіямъ же тѣхъ актовъ, которые приносили исключительно одну прибыль, какъ о дѣеспособности пупилла, такъ нельзя заключать и о дѣеспособности расточителей. Поэтому слова Помпонія въ общемъ остаются непреложно вѣрными:... ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est (L. 40 D. 50,17). Основаніе этой полной недѣеспособности и въ данномъ случаѣ было тоже, что и для всѣхъ прочихъ видовъ опеки и попечительства, а именно недостатокъ тѣхъ душевныхъ качествъ, которыя бы гарантировали индивиду личное соблюденіе его имущественнаго интереса.

Римляне, какъ мы видѣли, смотрѣли на расточителей какъ на людей душевно больныхъ. Вотъ почему часто въ источникахъ расточитель отождествляется съ безумнымъ; хотя въ извѣстномъ отношеніи онъ и имѣетъ преимущество предъ послѣднимъ, а именно по совершенію актовъ исключительно ему прибыльныхъ (см. Warnkoenig Comm. 1 стр. 188), равно какъ въ общемъ дѣеспособность минора была обширнѣе дѣеспособности расточителя; такъ расточитель не имѣлъ права составлять завѣщанія (Ulp. 20 § 13; § 2 I. 2,12; L. 18 pr. D. 28,1). Онъ не могъ даже быть свидѣтелемъ при составленіи ихъ другими [1]) (§ 6 I. 2, 10). И такъ въ общемъ вѣрнѣе было бы отождествить расточителя по дѣеспособности съ несовершеннолѣтними. Но Римскіе юристы держались строго консеквентно своего начала. Несовершеннолѣтній подпадалъ опекѣ въ силу неразвитости душевныхъ качествъ, условливаемыхъ возрастомъ, propter aetatem; расточитель подпадалъ попечительству въ силу разстройства душевныхъ качествъ безъ отношенія къ возрасту. Вотъ почему чаще и отождествляютъ ихъ въ общемъ съ безумными.—Въ результатѣ же всѣ преимущества расточителя предъ безумными и преимущества минора предъ расточителями выражались въ правѣ совершать такіе акты, которые не имѣютъ отношенія къ вопросу о дѣеспособности, а потому въ послѣднемъ отношеніи расточители ни чѣмъ не отличаются отъ пупилловъ,

---

[1]) Нѣкоторые писатели (Höpfner Comm. § 737) ограничиваютъ положеніе о полной ничтожности обязательствъ, заключенныхъ однимъ расточителемъ (см. Глюкъ 4 стр. 57), только обязательствами непосредственно по имуществу. Несостоятельность подобнаго ограниченія доказана выше.

безумныхъ и миноровъ, чѣмъ и объясняется отождествленіе его то съ тѣмъ, то съ другимъ (съ безумнымъ всего чаще и въ болѣе общихъ выраженіяхъ), то съ третьимъ. А такъ какъ мѣра дѣеспособности условливаетъ и характеръ обязанностей опекуна и попечителя то попечительство надъ расточителями и по внутреннему содержанію ни чѣмъ не отличается отъ прочихъ видовъ попечительства и вообще опеки.

II. Cura realis.

Обращаемся къ такъ называемой въ наукѣ cura realis (bonorum) Всѣ виды этого попечительства, какъ будетъ слѣдовать изъ ссылокъ, самаго позднѣйшаго происхожденія, а слѣдовательно остается только разсмотрѣть отношеніе ихъ къ разсмотрѣннымъ уже видамъ попечительства.

Придерживаясь нашего общаго опредѣленія опеки и попечительства, мы можемъ подвести подъ него и тѣ виды попечительства, которые обыкновенно строго выдѣлялись изъ ученія объ этихъ двухъ институтахъ (см. напр. Huber Praelect стр. 73; Arndts Pand. § 296; Becking Institut ст. 184; Windscheid § 432 и § 447 и др.), какъ рѣзко отличающіеся отъ нихъ подъ именемъ curae bonorum. Подъ понятіе этой curae bonorum подводили случаи: bonorum possessio ventris nomine. L. 20 pr. D. 26, 8; L. 8 D. 27, 10; L. 1 §§ 17—23 D. 37,9); bonorum possessio ex edicto Carboniano (L. 3 § 1 D. 37, 10); cura bonorum absentis (L. 15 D. 4, 6; L. 6 D. 26, 1; L. 6 D. 42, 4; L. 1 § 4 D. 50, 4); cura hereditatis jacentis (L. 3 D. 27, 10; L. 8 D. 42, 4; L. 22 § 1 D. 42,5 L. 3 D. 42, 10) и cura bonorum въ случаѣ конкурса (L. 5, 9 D. 27, 10; L. 2 D. 42, 7).

Правда, въ Дигесты вошло выраженіе юриста Гермогіана, по которому послѣдніе виды попечительства рѣзко отличаются отъ разсмотрѣнныхъ выше. Онъ говоритъ: inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe quum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum quae deteriores futurae sunt, venditio committitur (L 46 D. 26, 7). Выводъ такой: попечительство надъ bona и ventris nomine имѣютъ своею задачею исключительно (plane) одно сохраненіе имущества, а остальные виды попечительства еще нѣчто иное, кромѣ этого custodia rerum. Что же такое это иное? Consensus datio не можетъ быть, такъ какъ curae bonorum противополагается не одно cura minorum,

ственно возможнымъ случаемъ назначенія подобнаго попечительства будетъ missio in possessionem кредиторовъ (L. 23 § 2 D. 28. 5; L. 1 pr. D. 42,7), поводомъ къ чему послужитъ продолжительная неизвѣстность о наслѣдованіи имущества умершаго (L. 9 D. 42. 4) Въ этомъ случаѣ кредиторамъ предоставляется самимъ выбрать попечителя для администраціи лежачаго наслѣдства. Къ обязанностямъ и этого попечителя принадлежатъ такія функціи, которыя выходятъ изъ границъ простаго custodiae, а именно: отчужденіе имущества, производство уплатъ (Рудорфъ ibid). Отправляются эти функціи опять въ интересѣ извѣстныхъ лицъ. Въ результатѣ же и попечительство надъ лежачимъ наслѣдствомъ не имѣетъ такихъ отличительныхъ особенностей, на основаніи которыхъ слѣдовало бы его выдѣлить изъ общаго ученія о попечительствѣ.

Cura ventris nomine. Рѣшительно непонятно, почему Гермогеніанъ выдѣляетъ этотъ видъ попечительства изъ общаго о немъ ученія. Подобный попечитель является представителемъ имущественнаго интереса лица, хотя еще и не существующаго, но существованіе котораго предполагается въ будущемъ (Siqui liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sint, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexet L. 1 pr. D. 37, 9 Сн. т. L. 1 §§ 2, 3, 5, 16, 7, 8, 9, 27, D. eod). Въ источникахъ подобный попечитель считается назначеннымъ не только bonis, но и ventri (L. 1 § 18 D. eod.); причемъ этому раздѣленію придается и особое значеніе (L. 1 § 17 D. eod.). Въ этомъ именно титулѣ, по отношенію къ имущественному интересу, qui in utero est pro superstite habeatur (L. 7 pr. D. eod., хотя venter и не разсматривается, какъ pupillus L. 161 D. 50, 16). Послѣ этого само собою разумѣется, обязанности подобнаго попечителя должны выступать далеко за предѣлы простаго custodiae bonorum. Дѣйствительно, онъ выдаетъ средства на содержаніе беременной (cibum, potum, vestitum, tectum L. 1 §§ 17, 18, 19 D. 37, 9; L. 1 § 4 D, 50, 4); причемъ это содержаніе разсматривается, какъ содержаніе будущаго ребенка ... quae (mulieri) praestantur, ipsi praestari, qui in utero est (L. 5 pr. D. eod.). Далѣе, подобный попечитель обязывается уплачивать долги наслѣдодателя (L. 5 § 1 D. eod.; L. 1 § 2 D. 42, 7), имѣетъ право отчуждать опешное имущество (L. 1 § 26 D. eod.). Мало того, обязанности curatoris ventris самими источниками не только не различаются, но даже прямо отождествляются съ обязанностями попечителей и опекуновъ надъ несовершеннолѣтними:... curam hoc

quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum (L. 1 § 22 D. eod.). Наконецъ замѣтимъ, что даже на выборъ названія имѣло вліяніе чисто внѣшнее обстоятельство: ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: *nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est* (L. 20 D. 26, 5). Послѣ всего сказаннаго мы не можемъ выдѣлить никакою особенностью и данный видъ попечительства изъ общаго ученія о немъ (см. Brinz стр. 1381).

Cura ex Carboniano edicto. Этотъ видъ попечительства всего менѣе можетъ чѣмъ-нибудь отличаться отъ обыкновеннаго попечительства надъ несовершеннолѣтними. Подобный попечитель является представителемъ имущественнаго интереса а пупилла, хотя и оспариваемаго у послѣдняго (L. 1 § 15 D. 3 7, 9). Спорность не можетъ служить основаніемъ менѣе полнаго охраненія имущественнаго интереса лица, которое уже по закону propter aetatem имѣетъ право на такое-то охраненіе и такого-то объема. Сѣдовательно необходимо на обязанность попечителя ex Carboniand edicto возложить полную administratio bonorum. Дѣйствительно, и по источникамъ обязанность подобнаго попечителя не ограничивалась единственно сохраненіемъ опекаемаго имущества, такъ напр. онъ обязывался по назначенію преторскому предоставлять пупиллу средства существованія и образованія (L. 5 § 3; L. 9 §§ 4 и 5. D. 37, 10), онъ обязывается вчинать иски и отвѣчать по нимъ (L. 5 § 1 D. eod.); имѣетъ право производить отчужденія изъ опекаемго имущества (L. 5 § 2 D. eod.) и т. д. Послѣ этаго понятно, почему Римляне назначали въ данномъ случаѣ безразлично, какъ попечителя, такъ и опекуна (L. 5 § 5 D. eod.).

Нѣкоторые писатели (см. напр. Виндшейдъ, § 447 въ прим.) относятъ еще къ cura realis и попечительство надъ имущественнымъ интересомъ лицъ, находящихся подъ отцовскою властью (L. 8 § 1 C. 6, 61; L. 13 § 2 C. 9, 51; Nov. 117 c. 1). Дѣйствительно, источники иногда выражаются объ этомъ попечительствѣ такимъ образомъ, какъ будто оно нѣчто особенное отъ cura pupilli или minorum, относясь какъ бы исключительно только къ охраненію имущества (L. 13 § 1 D. 26, 1). На самомъ же дѣлѣ подобному попечителю принадлежала полная administratio bonorum. Такъ одинъ изъ случаевъ назначенія попечительства надъ лицемъ sub patria potestate будетъ тотъ, когда по небрежному управленію отца имуществомъ сына, его лишаютъ этого управленія и передаютъ на правахъ

попечителя другому лицу (L. 13 § 2 C. 9, 51). Трудно предположить, чтобы управленіе отца ограничивалось однимъ custodia rerum, а слѣдовательно и разсматриваемый случай попечительства ни чѣмъ не отличается отъ прочихъ.

Въ общемъ же результатѣ выходитъ во первыхъ, что всѣ виды такъ называемаго curae realis имѣютъ въ виду всегда интересъ извѣстныхъ лицъ, а не одного имущества (*Huber* Praelect. Стр. 73) помимо всякихъ правъ на него кого бы то ни было, слѣдовательно дѣленіе попечительства на cura personalis и realis въ этомъ отношеніи неосновательно [1]). Во вторыхъ функціи попечителей, какъ при cura personalis, такъ и realis, въ общемъ одни и тѣже, а именно administratio bonorum въ обширномъ смыслѣ. Слѣдовательно и другое дѣленіе попечительства на cura plena и minus plena (см. *Heimbach* 3 стр. 138), первое какъ попечительство cum administratione bonorum, а второе только съ custodia rerum, неосновательно. Дѣйствительно, въ противность словамъ Гермогеніана, по всей вѣроятности строго не взвѣсившаго характеръ обязанностей всѣхъ попечителей, другіе юристы Свода Юстиніана сознаютъ полное тождество по функціямъ попечителей всякаго рода... curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum (L. 1 § 22 D. 37, 9 см. также L. 2 § 2, 5; L. 3 D. 42, 7; L. 8 D. 27. 10. L. 3 C. 8, 51). А изъ всего этого слѣдуетъ, что во-первыхъ cura bonorum ни чѣмъ не отличается отъ cura personalis, а слѣдовательно во вторыхъ всѣ виды попечительства подойдутъ подъ одно общее опредѣленіе, а именно: охраненія имущественнаго интереса извѣстныхъ лицъ, которыя сами озаботиться имъ не могутъ, т. е. по отношенію къ управленію своимъ имуществомъ въ обширномъ смыслѣ разсматриваются какъ бы лишенными дѣеспособности. Слѣдовательно, римскіе юристы были далеко не такъ неконсеквентны, какъ полагаютъ новѣйшіе ученые, распространяя и на эти виды попечительства одно и тоже названіе «cura», слово, выражающее одно и тоже понятіе [2]); или

---

[1]) Основывалось оно исключительно на подобныхъ выраженіяхъ источниковъ по поводу только что разсмотрѣнныхъ видовъ попечительства, какъ: curatorem bonis dari (L. 3 D. 27, 10; L. 1 § 18 D. 37, 9; L. 6 § 2 D. 42, 4; L. 1 D. 50, 4), bonis peti (L. 1 § 17 D. 37, 9) или bonorum curatorem dari (L. 2 D. 2, 12; L. 41 D. 26, 7; L. 8 D. 27, 10). Но такъ какъ характеръ всякаго вида попечительства опредѣляется не выраженіями, а значеніемъ дѣятельности его органовъ, то слѣдовательно и цитированныя выраженія можно игнорировать.

[2]) Правда, это слово употребляется и во многихъ другихъ смыслахъ,

иначе, распространяя на данные случаи положенія о попечительствѣ. Что касается до отношенія разсмотрѣнныхъ видовъ попечительства непосредственно къ опекѣ, то найти между ними различіе можно развѣ жь только чисто внѣшнее и то даже не всегда (cura ex Edicto Carbon.), а именно въ свойствѣ субъектовъ; различіе же, условливающее особенность характера обязанностей, искать будетъ излишне. Признанная полная безпомощность, какъ причина назначенія той и другаго, въ обоихъ случаяхъ будетъ однообразно обусловливать и характеръ обязанностей.

Въ началѣ изслѣдованія было сказано, что объемъ и сущность обязанностей опекуна и попечителя условливаются дѣеспособностью пупилла и минора. Всѣ пупиллы и всѣ миноры состояли подъ опекой и попечительствомъ. Дѣеспособность ихъ со стороны условливающей объемъ обязанностей опекуна и попечителя одна и таже, точно также какъ и со стороны условливающей сущность ихъ обязанностей, вполнѣ охранять имущественный интересъ безразлично какими путями: путемъ ли личнаго совершенія актовъ, путемъ ли соучастія при совершеніи актовъ пупилла или минора. Въ обоихъ случаяхъ вся юридическая сила акта, равно какъ и отвѣтственность за него—въ личности опекуна и попечителя. Послѣ этого, кажется, въ общемъ нельзя было бы сомнѣваться въ теоретическомъ тождествѣ обоихъ институтовъ. Но такъ какъ въ Римскомъ правѣ опека и попечительство съ древнѣйшихъ временъ являются какъ два самосостоятельные института, то необходимо остановиться на значеніи для теоретической сущности того и другаго отличительныхъ ихъ признаковъ. Мы предпочитаемъ въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи путь критическаго анализа теорій различенія опеки и попечительства, такъ какъ во первыхъ въ этихъ теоріяхъ вполнѣ исчерпывается все, что можетъ быть приведено въ доказательство мнимаго теоретическаго различія обоихъ институтовъ, а во вторыхъ, анализируя отдѣльные признаки, мы упустимъ изъ виду и теоріи обще-теоретическаго различенія.

Въ общемъ результатѣ до сихъ поръ сказаннаго мы въ противность воззрѣніямъ всей Западной литературы, утверждаемъ, что различіе между опекой и попечительствомъ по Римскому праву провести нельзя. Мы выходили въ своемъ разсужденіи изъ общаго назначенія обоихъ институтовъ; слѣдовательно, въ частности ему не могутъ про-

---

по съ гражданскимъ правомъ ничего общаго неимѣющихъ (см. Struvius Synt. jur. civ. ч. 2 стр. 513).

*

тиворѣчить и тѣ отдѣльныя положенія Римскаго Права, которыя выставлялись тѣмъ или другимъ западнымъ ученымъ въ доказательство несомнѣннаго различія между институтами. Самые новѣйшіе писатели (напр. Синтенисъ, Виндшейдъ, Келлеръ, Бринцъ и др.), не смотря на то, что всѣ работы ихъ предшественниковъ дали одинъ только согласный общій выводъ, что въ различіи между опекой и попечительствомъ сомнѣваться нельзя; во всѣхъ же существенныхъ пунктахъ этого различенія представляли непримиримое разногласіе со множествомъ варіацій; не смотря на то новѣйшіе писатели перестали относиться критически къ этому вопросу, повторяя голословно положенія того или другаго изъ прежде работавшихъ ученыхъ.

Высказывая совершенно новую мысль, считаемъ необходимымъ сгруппировать и критически отнестись по мѣрѣ возможности ко всѣмъ высказаннымъ до сегодня воззрѣніямъ на данный вопросъ, считаемъ это необходимымъ не потому, чтобы наше воззрѣніе требовало дальнѣйшаго развитія, такъ какъ выведенное изъ общаго основанія, оно должно оказаться непреложнымъ и въ частностяхъ— но потому, что научная полнота изложенія не допускаетъ одного нагроможденія положеній, а необходимо требуетъ и критическаго анализа тѣхъ воззрѣній, которыя расходятся съ ними. Иначе сказать, въ каждомъ изслѣдованіи спорнаго вопроса вѣрность оригинальнаго положенія опредѣляется положительно и отрицательно. Отрицательная вѣрность воззрѣнія составитъ положительную невѣрность противнаго ему. И такъ останавливаемся на теоріяхъ различенія опеки отъ попечительства.

Теоріи различенія опеки отъ попечительства.

Обыкновенно всѣ воззрѣнія на данный вопросъ составлялись такимъ образомъ: пріискивался какой нибудь отличительный признакъ одного изъ этихъ институтовъ; этотъ признакъ объяснялся въ смыслѣ общетеоретическаго различія обоихъ институтовъ, а частныя положенія по данному институту, какъ выводы изъ этого общаго принципа.

Въ числѣ подобнымъ образомъ составленныхъ воззрѣній самое распространенное въ литературѣ принадлежитъ Лёру, автору талантливой статьи объ опекѣ и попечительствѣ (Magazin für Rechtswissenschaft т. 3 Стр. 21, 71, см. Heimbach Weisk. Rechtslex. 3 Стр. 134), хотя популярности своей оно обязано санкціи Савиньи (vom Beruf unserer Zeit für Gesetsgebung und Rechtswissenschaft

3 ed. Стр. 102 и слѣд.). По понятію большинства новѣйшихъ писателей признакъ, отличающій опеку отъ попечительства, будетъ право опекуна на auctoritatis interpositio (см. напр. Huschke въ Kritisch. Zeitsch (въ Тюб.) 282 и слѣд. Mühlenbruch § 5 77; Рудорфъ Стр. 35, Леръ въ Архивѣ 11 Стр. 13; Глюкъ 29 Стр. 12; Rein Стр, 258; Пухта Cursus 297; Келлеръ Pand. § 423; Le Fort Стр. 17; Holzschuher m. 1 глав. IV; Demangeat 1 Стр, 394). Но выставляя этотъ признакъ иногда даже какъ исключительно отличающій опеку отъ попечительства (Burchardi 2 § 133; Zöpfl Стр. 4), ученые очевидно не ограничиваются извѣстнымъ періодомъ Исторіи римскаго права и это будетъ нашимъ первымъ имъ возраженіемъ.

Auctoritatis interpositio условливается во первыхъ формальнымъ признаніемъ опекаемаго имущества за собственность пупилла, а во вторыхъ допущеніемъ пупилла къ личной дѣятельности, хотя бы только и формальнаго значенія. Мы же знаемъ, что въ древнемъ Римѣ формально собственникомъ опекаемаго имущества разсматривался самъ опекунъ и что право даже на формальную дѣятельность обусловливалось появленіемъ подраздѣленій возраста несовершеннолѣтія, а такъ какъ законные сроки этихъ подраздѣленій были дѣломъ позднѣйшаго законодательства, то значитъ древній Римъ не различалъ между несовершеннолѣтними лицами infantes, infantiae et pubertati proximi. Но такъ какъ infantes были лишены всякаго участія въ совершеніи юридическихъ актовъ даже и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, то въ силу равенства положенія всѣхъ несовершеннолѣтнихъ тоже правило должно быть распространено и на тѣхъ пупилловъ, которые впослѣдствіи обозначались словами infantiae majores. Изъ всего же этого слѣдуетъ, что въ древнѣйшемъ правѣ auctoritatis interpositio опекуна было вообще не мыслимо. Въ позднѣйшемъ же правѣ оно было немыслимо при опекѣ надъ инфантами, при безуміи пупилла, при его отсутствіи (L. 2 pr. D. 26, 7). А ужъ изъ этого одного слѣдуетъ что auctoritas, какъ не составляющее неотъемлемую принадлежность опекунскихъ обязанностей, не можетъ быть выставляемо за признакъ, отличающій опеку отъ попечительства.

Избѣгнуть нашего возраженія можно только тѣмъ, что признать опеку надъ лицами, qui fari non possunt не за опеку, а за нѣчто другое. Такъ дѣйствительно часто и отождествляютъ опекуна надъ подобными лицами съ попечителемъ. Чтобы показать всю несостоятельность этой попытки ослабить возраженіе, позволю себѣ привести

слова одного изъ писателей разсматриваемаго воззрѣнія: «Въ тѣхъ случаяхъ, когда объ auctoritas tutoris не можетъ быть рѣчи, какъ напр. при infantia пупилла, его безуміи, отсутствіи, дѣятельность опекуна выражается только въ administratio bonorum и negotiorum gestei. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы назначеніе опекунской власти опредѣлялось именно подобнаго рода дѣятельностью. Въ этихъ случаяхъ опекунъ выполняетъ функціи попечителя (см. напр. Циммернъ § 232; Глюкъ 29 Стр. 15; Хеймбахъ 13 Стр. 379 и 380; Виндшейдъ § 432 not. 8) [1]). При женщинахъ совершеннолѣтнихъ дѣятельность чисто опекунская рѣзко отличается отъ попечительскихъ обязанностей назначеніемъ при опекунѣ особаго попечителя (въ примѣрѣ приводятъ § 103 Frag. Vat. и др.). При tutela же pupillaris этого обыкновенно не бываетъ». Съ подобнымъ заключеніемъ согласиться никоимъ образомъ нельзя. Принять это мнѣніе, значитъ стать въ полное противорѣчіе съ тѣмъ, что мы доподлинно знаемъ объ исторіи опеки и попечительства. Во первыхъ напомнимъ что появленіе auctoritatis interpos. въ исторіи опеки было дѣломъ интерпретаторовъ; слѣдовательно въ древнемъ Римѣ опекунъ всегда безъ исключенія отправлялъ функціи попечителя. Но во вторыхъ и этого страннаго вывода нельзя допустить, такъ какъ мы знаемъ, что tutela появилась въ исторіи права неизмѣримо раньше, чѣмъ cura (см. напр. Schweppe въ его juristisch Magaz. m. 1 тетр. 1 Стр. 109; Le Fort Стр. 36); почему слѣдовательно пришлось бы исключить опеку надъ infantes на то время, пока не развился вполнѣ институтъ, сущность котораго состояла будто бы въ negotiorum gestio и administratio bonorum третьихъ лицъ. Далѣе, о томъ, что на выборъ опеки или попечительства имѣлъ вліяніе не характеръ будущей дѣятельности (какъ думаетъ напр. Циммернъ § 232 Стр. 867), а возрастъ пупилла (см. Thibaut Pandek. § 498), говорятъ сами источники: «si pupilla vel pupillus, qui habet tutorem, furere coeperunt, то продолжалась опека; мало того, если малолѣтній furiosus оставался безъ надзора, то къ нему назначался ужъ по законамъ XII Таблицъ не попечитель, а опекунъ (L. 3 pr. D. 26, 1). Это уже нельзя назвать непослѣдовательностію или случайностью. Затѣмъ, насколько состоятельно съ логической и факотической стороны мнѣніе, что къ совершеннолѣтней женщинѣ назначался для различныхъ обязанностей опекунъ и попечитель, говорен-

---

[1]) Sustinet dupeem perlisonam, говоритъ Struvius стр. 516. Другіе писатели называютъ подобные случаи *необходимымъ исключеніемъ изъ правила!* См. напр. Дабеловъ 3 стр. 510.

выше. Наконецъ, совершенно правильно замѣтилъ Бринцъ (стр. 1318), что если опекунъ надъ инфантами и выполняетъ обязанности попечителя, то съ другой стороны эти функціи составляютъ такую необходимую принадлежность опекунской власти и въ случаѣ оной надъ infantia majores, что отпадаютъ отъ нея только тогда, когда поставленъ вопросъ о самомъ существованіи опеки (L. 17 § 1 D. 49, 1).

Кромѣ того разсматриваемое положеніе невѣрно и съ другой стороны. Если administratione bonorum въ тѣсномъ смыслѣ опекунъ выполняетъ функціи попечителя, то это будетъ значить, что всякій попечитель непремѣнно будетъ обязанъ къ этой administratio bonorum; между тѣмъ curatores speciales часто вовсе не имѣютъ дѣла собственно съ управленіемъ имущества, а между тѣмъ никто же не отрицаетъ за ними качества попечителей (§ 2 I. 1, 23; L. 28 C. 5, 12, L. 3 C. 5, 44 и друг.). При этомъ должно замѣтить, что подобный curator sine administratione назначался въ позднѣйшемъ правѣ даже къ несовершеннолѣтнимъ (§ 3 I. 1, 21. Уже поэтому одному помимо другихъ объясненій (см. дальше) нельзя ссылаться на L. 19 D. 26, 8; L. 17 § 1 D. 49, 1). Слѣдовательно, какого же попечителя функціи выполняетъ опекунъ bonorum administratione?

Какъ ни неудачна приведенная попытка ослабить возраженіе, но все таки она единственная еще достойна опроверженія, если мы теперь приведемъ другую попытку, то только потому, что она между прочимъ принадлежитъ и такому извѣстному знатоку Римскаго права, какъ Вангеровъ (§ 263, *Глюкъ* 33. ст. 116). Вангеровъ держится господствующаго мнѣнія, что опека отличается отъ попечительства признакомъ auctoritatis. Если же это auctoritas невозможно при опекѣ надъ infantes или furiosi, то эти случаи онъ отождествляетъ съ тѣми, при которыхъ auctoritas и возможно, да надобности въ немъ не представляется [1]). На это мы отвѣтимъ Вангерову, что дѣло тутъ не въ осуществленіи, а въ возможности его. Если закономъ признано, что, положимъ, индивиды до извѣстнаго возраста fari non possunt, т. е. самимъ произноситъ напр. торжественныя слова при совершеніи актовъ, то хотя бы отдѣльный infans, напр. хотя бы 6 лѣтъ и 364 дней отъ рожденія, и былъ бы въ состояніи принять это участіе въ

[1]) L. 18 D. 26, 7. Этотъ фрагментъ принимаютъ иногда (Heimbach 3 стр. 135) за выраженіе колебанія: слѣдуетъ ли предоставить tutelae actionem противъ опекуна, quamvis in nulla re auctor pupillo fuerit. Напротивъ, этотъ фрагментъ Юліана высказываетъ несомнѣнное (dubitari non oportet) положеніе: опекунъ отвѣчаетъ tutelae actione и тогда, когда ему не представлялся ни одинъ случай auctoritatem interponere.

совершеніи акта, то все таки опекунъ не имѣетъ права допустить его до этого, а самъ auctoritatem interponere. Слѣдовательно здѣсь нельзя говорить о «blos faktisches Hinderniss», а о «blos gesetzliches Hinderniss». *Законъ* запрещаетъ извѣстныхъ лицъ допускать къ участію въ совершеніи акта; а потому *законъ* же запрещаетъ опекуну auctoritatis interpositio, а что по *закону* невозможно, того и предполагать нельзя (L.5 C. de legib 1, 14. *Paulus* 3, 4 § 2). Но если бы даже допустить объясненіе Вангерова, то, предполагая во всѣхъ видахъ опеки, при противоположеніи ея попечительству характеристическія ея особенности, мы должны за однимъ ея видомъ или отрицать свойство опеки или характеристическихъ ея признаковъ искать не въ auctoritatis interpositio. Мы говоримъ а tutela notitiae causa data. Отрицать въ ней значеніе опеки мы не имѣемъ права уже потому, что она такъ названа въ Римскомъ правѣ (L. 14 D. 46, 3) [1]), а во вторыхъ потому, что положенія о ней помѣщены въ Юстиніановомъ Сводѣ въ отдѣлахъ объ опекѣ. Если же tutores notitiae causa dati—опекуны, то какъ объяснить, что по самому своему назначенію они не могутъ имѣть права auctoritatis interpositionis (L. 1 C. 5, 38)? Это были такіе опекуны, которые назначались только ad instruendos contutores (L. 14 § 6 D. 46, 3).

Итакъ даже допуская въ высшей степени натянутое объясненіе нашего перваго возраженія, мы выставляемъ другое, которое, находясь въ явномъ, а потому и ничѣмъ непримиримомъ, противорѣчіи съ господствующимъ мнѣніемъ, окончательно опрокидываетъ его.

Итакъ auctoritas tutoris не составляетъ непремѣннаго признака опеки.

Наконецъ, если ссылаются на иногда встрѣчающееся въ источникахъ отождествленіе слова tutor со словомъ auctor (Cic. pro Caecina cap. 25: mulier nullo auctore; pro Cluentio cap. 5: nubit nullis auctoribus; Liv. 34, 2: feminas sine auctore; Spart. in Hadr. c. 18: suae auctoritatis вмѣсто suae tutelae) или на то, что лица qui auctoritatem praebere non possunt, какъ напр. нѣмой (L. 1 § 2 D. 26 1), не допускались къ опекѣ,—то все это послѣ выше сказаннаго не можетъ имѣть значенія въ противность нашему положенію. Дѣйствительно въ тѣхъ случаяхъ, когда опекунъ *auctoritatem* interponit, отчего

---

[1]) Особенно ясно опекунскій характеръ этого вида опеки выразилъ Павелъ L. 32 § 1 D. 26, 2. Нѣкоторые писатели причисляютъ ее къ tutela honoraria (напр. *Куяцій*. Paratill. in lib. 26 t. VII. *Hasse* Culpa стр. 352).

бы и не назвать его auctor. А что нѣмаго не назначаютъ опекуномъ, то потому, что первый же случай actus legitimi былъ бы поводомъ къ смѣщенію его и назначенію новаго опекуна, или же но всякому подобному приходилось бы назначать tutorem specialem (см. напр. Ulp. XI § 21), что уже вовсе было бы непрактично и не соотвѣтствовало бы интересу опекаемаго. Тоже самое должно сказать и объ опекунѣ надъ безумными. Римляне допускали возможность dilucida intervalla (L. 2 C. 4, 38; § 1 I. 2, 12). Впрочемъ вообще это замѣчаніе не можетъ имѣть значенія, такъ какъ общимъ правиломъ нѣмой и безумный не допускались и къ попечительству (L. un. C. 5, 67).

Итакъ, на признакѣ auctoritatis нельзя вообще строить различіе опеки отъ попечительства. Но кромѣ того съ появленіемъ въ исторіи cura minoris, мы находимъ и въ дѣятельности curatoris одну сторону аналогичную auctoritatis interpositio, а именно consensus datio.

Много ума было приложено учеными писателями во что бы то ни стало устоять на различіи auctoritatis отъ consensus. Но должно сказать, что ни одна предложенная теорія даже не можетъ считаться господствующею. Въ этомъ вопросѣ, что ни умъ, то и самостоятельный взглядъ. Впрочемъ всѣ эти взгляды можно раздѣлить на двѣ общія группы: а) взгляды внутренняго, теоретическаго различія и в) взгляды различія по внѣшнимъ признакамъ.

а) Единственно ясно проведенное различіе между auctoritas и consensus, выраженное въ ясномъ опредѣленіи перваго въ отличіи втораго состоитъ въ положеніи о такъ называемомъ дополненіи юридической личности (Ergänzung der juridischen Persönlichkeit). По господствующему мнѣнію (см. напр. Heineccius Elementa jur. civ. ed. 5 § 205; Zöpfl § 7; Zimmern § 232; Bethmann—Hollweg въ Rhein. Mus. 6 стр. 253 и слѣд.; Löhr 1 стр. 5; Schweppe Röm. Rechtsg. 2 изд. § 420; Savigny Beruf стр. 104; Glück 30 § 1837; Demangeat 1 стр. 344 и слѣд. Windscheid § 432 п. 9; Вангеровъ § 263) auctoritas (отъ augere—увеличивать, дополнять) имѣетъ своимъ назначеніемъ дополнять неполную личность извѣстныхъ индивидовъ, а consensus этого назначенія не имѣетъ.

Не смотря на то, что этого мнѣнія держатся знаменитѣйшіе цивилисты Запада, я рѣшаюсь считать его окончательно невѣрнымъ. Выше мы старались доказать, что всѣ пупиллы даже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ были вовсе лишены дѣеспособности. Въ силу этого начала всегда оставалось въ силѣ то положеніе, вытекающее

изъ самого назначенія опеки—охранять имущественный интересъ пупилла-,что всѣ акты, при совершеніи которыхъ требовалось соучастіе опекуна, если бы совершены были безъ этого соучастія однимъ пупилломъ, считались ничтожными. Дополненіе же всегда предполагаетъ наличность извѣстной части, которая и дополняется, въ силу же общаго положенія о дѣеспособности пупилла мы не можемъ отыскать этой части. Не будь этого полнаго отрицанія, то необходимо было бы признать частичную дѣйствительность акта и его частичную ничтожность, неустраненную дополненіемъ. А между тѣмъ актъ или вполнѣ дѣйствителенъ, или вполнѣ ничтоженъ. Наконецъ, если бы даже предположить подобное дѣйствіе опекунскаго соучастія, то спрашивается: можетъ ли оно служить признакомъ, отличающимъ это соучастіе отъ соучастія попечителя при совершеніи актовъ миноромъ? Въ силу выше сказаннаго миноръ въ позднѣйшемъ правѣ былъ также лишенъ вовсе дѣеспособности, а если по господствующему воззрѣнію за нимъ въ принципѣ и признавалась дѣеспособность, то все таки мы знаемъ нѣсколько безспорныхъ актовъ, юридическая сила которыхъ вполнѣ обусловливалась соучастіемъ попечителя при совершеніи ихъ. Какое же различіе будетъ между auctoritas tut. и consensus c., хотя въ этихъ только случаяхъ?

Итакъ, во всякомъ случаѣ мнѣніе о дополненіяхъ не выдерживаетъ анализа, а потому и различеніе auctoritatis и consensus, построенное на немъ, неосновательно. Эта неосновательность еще ярче выступаетъ изъ того, что, давая какое бы то ни было опредѣленіе сущности auctoritatis, оставляютъ consensus или безъ всякаго или такого общаго характера, что уловить юридическую сущность его невозможно. Приведемъ опредѣленія знаменитѣйшихъ писателей запада:

Такъ напр. Рудорфъ (за нимъ Heimbach 3 стр. 135; Sintenis § 145 прим. 1; Kuntze § 428 и др.) опредѣляетъ consensus, какъ совѣтъ лицу вполнѣ дѣеспособному, но еще не опытному, или какъ разрѣшеніе минору на извѣстныя юридическія дѣйствія. Помимо того, что въ опредѣленіи этомъ нѣтъ цѣлосности (то совѣтъ, то разрѣшеніе; совѣтъ—не разрѣшеніе и разрѣшеніе—не совѣтъ [1]), оно еще

[1]) Кромѣ того совѣтъ не имѣетъ предъ закономъ никакого значенія, такъ какъ совѣтчикъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, когда приметъ на свой рискъ выполненіе совѣта, и въ тоже время лицо, которому совѣтовали, поступаетъ въ силу этого совѣта, а не изъ какого либо другаго побужденія. Но это уже будетъ собственно не совѣтъ, а mandatum in gratiam mandatarii см. *Hepp* über d. rechtlich. Wirk. d. Raths etc. (Архивъ, 11 Nr. 3).

не оправдываетъ даннаго обѣщанія указать на внутреннюю сущность consensus въ отличіе отъ auctoritas, такъ какъ дальше все различіе сводится къ формѣ.

Вангеровъ (§ 263) опредѣляетъ auctoritas tutor., какъ дополненіе личности, а про consensus выражается: man darf schlechterdings nicht bei diesem... an die Ergänzung einer unvollständigen Persönlichkeit denken, т. е. auctoritas то-то, а consensus нѣчто другое (въ этомъ же родѣ опредѣленія и Хуго Стр. 1028, Венинга 3 стр. 106; Цёпфеля § 7 и 8; Бёкинга Instit. стр. 184; Эмарша Grundsätze d. Pandekt. § 508 Ad. 1 и др.).

Наконецъ, Келлеръ (§ 423), одинъ изъ самыхъ даровитыхъ новѣйшихъ писателей, точно также, какъ и другіе, ограничиваетъ опредѣленіе consensus curatoris безсодержательными, ничего невыясняющими фразами. Прежде всего должно замѣтить, что, какъ auctoritas, такъ и consensus, онъ переводитъ однимъ и тѣмъ же словомъ—Genehmigung, а затѣмъ считаемъ нелишнимъ привести и собственныя его слова: «der Curator hat nur gestio, nie auctoritas, und wenn auch in späterer Zeit blosse Genehmigung dessen, was der Bevormundete insbesondere der minor thut, durch den Cons. vorkommt, so ist das doch für die ganze Curatel nie so umfassend und geregelt geworden, und hat nie die Formen der auctoritas angenommen (L. 19 D. 26, 8). Я отказываюсь понять: какое значеніе могутъ имѣть такія слова, какъ «umfassend», «geregelt», при опредѣленіи сущности того или другаго акта (срав. § 449).

Послѣ подобныхъ опредѣленій понятно, почему одно и тоже латинское слово, consensus, переводится различными словами, какъ-то: Genehmigung (напр. Kuntze § 428; Цёпфель стр. 26) Einwilligung (напр. Рудорфъ I стр. 38; Тибо § 519; Лёръ Magaz. стр. 34), Zustimmung (напр. Мюленбрухъ § 591; Арндтсъ § 440), Gutheissen (напр. Zimmern § 232; Вангеровъ § 263), Vollmacht (напр. Бринцъ стр. 1365), declaratio (Schroeter стр. 17) и т. п. А все это только показываетъ, что яснаго сознанія при подобномъ различеніи auctoritatis отъ consensus несоставлено.

Но помимо этого различенія воззрѣніе на auctoritas, какъ на дополненіе личности пупилла, не оправдывается и источниками. Обыкновенно писатели этого взгляда ссылаются (см. Heinec. Elem. § 205; Циммернъ § 232) на слѣдующее выраженіе: «infirmum pupilli judicium *suppletur* (L. 32 § 2 D. 41, 2) et regitur auctoritate tutoris [1]). Но понимая

[1]) Приводятъ иногда и другія ссылки, но уже вовсе не соотвѣтствующія

эти слова въ смыслѣ разсматриваемаго воззрѣнія, мы станемъ въ противорѣчіе съ другимъ совершенно простымъ и яснымъ опредѣленіемъ auctoritatis юристомъ Павломъ: Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, cum se probare dicit id, *quod agitur*: hoc est enim *auctorem fieri* (L. 3 D. 26, 8). Слѣдовательно является уже не дополненіемъ личности, а формою соучастія при совершеніи акта, соучастія, выражаемаго согласіемъ на совершеніе даннаго акта. Разрѣшаемъ противорѣчіе въ смыслѣ послѣдняго свидѣтельства, какъ совершенно яснаго. Въ этомъ свидѣтельствѣ укладывается и смыслъ цитированныхъ выше словъ.

И такъ разсмотрѣнная попытка различить auctoritas и consensus, несмотря на то, что ея держатся величайшіе цивилисты Запада, несостоятельна съ фактической стороны, какъ не оправданная вполнѣ источниками, а во вторыхъ и съ логической стороны. По поводу послѣднихъ словъ прибавимъ къ выше сказанному еще наше удивленіе, какъ могли представители новѣйшей науки удовольствоваться такимъ неопредѣленнымъ выраженіемъ, какъ «дополненіе личности», не согласившись даже вполнѣ въ значеніи этой фразы [1]). Останавливались мы на теоріи исключительно имѣющей кой какой логическій смыслъ, а именно: дополненіи дѣеспособности.

Другія попытки различить обще теоретически auctoritas отъ consensus столь же несостоятельны, какъ и разсмотрѣнная. Приводимъ изъ числа ихъ еще только двѣ, такъ какъ остальныя по слишкомъ очевидной несостоятельности уже болѣе не встрѣчаются въ новѣйшей литературѣ.

Мнѣніе Глюка (29 стр. 12 и слѣд.). Глюкъ различаетъ auctoritas и consensus по формѣ и по дѣйствію. О формальныхъ различіяхъ будетъ говорено въ слѣдующей главѣ. Во-второмъ же отношеніи различіе выражается въ томъ, что consensu curatoris миноръ только уполномочивается на совершеніе извѣстнаго юридическаго дѣйствія между тѣмъ какъ auctoritate tutoris творится сама сила акта чрезъ дополненіе дѣеспособности пупилла. Послѣ сказаннаго нами о дѣеспособности минора этого различія мы не можемъ допустить. Но и

положенію, какъ напр. L. 9 D. 29, 2; L. 25 D. 40, 2; L. 17 § 1 D. 49 1; L. 5, 189 D. 50, 17.

[1]) Такъ, одни писатели (напр. Selchow Ant. § 598) понимаютъ слово дополненіе не въ смыслѣ дополненія личности, а самаго акта (rem suppleret). Другіе (напр. Heimbach 3 стр. 135; Глюкъ 33 стр. 116) понимаютъ это слово въ смыслѣ дополненія политической несамостоятельности индивида и т. п.

помимо вопроса о дѣеспособности мнѣніе Глюка не можетъ быть принято уже потому, что оно мало того, что вовсе не можетъ быть подтверждено источниками, оно противорѣчитъ однообразному выраженію соучастія какъ опекуна, такъ и попечителя (переводный смыслъ слова «consensus» и опредѣленіе auctoritatis юристомъ Павломъ. L. 3 D. 26, 8).

Воззрѣніе Шрётера (Schroeter de nexu tutelae et juris succedendi in bona defunctorum 1820 г. стр. 16 и слѣд. Выводъ на стр. 20 и 21). Шрётеръ различаетъ auctoritas tutor. отъ consensus cur. словами: «что auctore tutore fit, то de jure совершается самимъ опекуномъ за пупилла; попечитель же даетъ только consensus, слѣдовательно de jure тутъ уже актъ совершается другимъ». Мнѣніе это еще больше подтверждаетъ мысль, что найти на основаніи источниковъ теоретическое различіе между auctoritas и consensus или очень трудно, или просто невозможно. Дѣйствительно, помимо того, что мы знаемъ объ auctoritas patrum (см. ниже), возраженіемъ мнѣнію Шретера будетъ и самый способъ выраженій источниковъ. Вездѣ мы читаемъ: пупиллъ (a) самъ (a) совершаетъ акты, но только tutore auctore, а въ извѣстныхъ случаяхъ допускается даже и послѣдующая ratihabitio актовъ пупилла не особенно отдаленныхъ по времени (см. ниже).

Достаточно приведенныхъ воззрѣній, впрочемъ единственно болѣе или менѣе ясно и опредѣленно проводившихъ различіе между auctoritas и consensus, чтобы судить, въ какомъ неудовлетворительномъ положеніи находится по сіе время этотъ вопросъ.

И такъ обращаемся къ писателямъ второй группы, проводящимъ различіе между auctoritas и consensus по внѣшнимъ ихъ признакамъ.

Прежде всего замѣтимъ, что уже самый пріемъ изслѣдованій этой группы писателей несостоятеленъ. Формальные, внѣшніе признаки не обусловливаютъ внутренней сущности акта. Такъ напр. различаютъ auctoritas и consensus признакомъ строгой формальности перваго (см. напр. Höpfner стр. 245; Schweppe 4 § 765; Тибо т. 1 § 519. ссылаются на L. 1 § 2 D. 26, 1; L. 19 D. 26, 8 и др.). Но развѣ формальность эта условливаетъ или условливается самою сущностью auctoritatis? Въ отвѣтъ обыкновенно цитируютъ L. 17 § 1 D. 49, 1 (sed et si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est). Извѣстно, что принятіе наслѣдства требовало извѣ-

стныхъ формальностей, соединенныхъ съ произнесеніемъ торжественныхъ словъ (L. 77 D. 50, 17). Далѣе, такъ какъ дѣйствительно consensus curatoris лишено было этой формальной торжественности, то и не могло годиться въ тѣхъ случаяхъ, когда она требовалась по закону. Но слѣдуетъ ли изъ этого внѣшняго признака, чтобы auctoritas tutoris въ своихъ предположеніяхъ и результатахъ было нѣчто отличное отъ consensus curatoris? Какъ то, такъ и другое предполагаетъ извѣстнаго рода недѣеспособность auctoris; какъ то и другое устраняетъ послѣдствія этой недѣеспособности, т. е. придаетъ акту полную юридическую силу.

Всего несостоятельнѣе настаивалъ на теоретическомъ значеніи формы Савиньи (Schutz стр. 289); почему считаемъ нелишнимъ привести его собственныя слова: Der Curator erklärte nur seinen consensus, der der auctoritas des Tutor ähnlich war, *nur weniger förmlich*, indem es bei ihm nicht darauf ankam, die der Person an sich fehlende Fähigkeit zu ersetzen (wie bei auctoritas), sondern nur das in der Interdiction (напр. при отчужденіи имущества чрезъ mancipatio или in jure cessio) gegründete *materielle Hinderniss* (взято у Sshweppe R. Rechtsg § 413) wegzuräumen. Первыя слова не имѣютъ значенія, такъ какъ разбиваются послѣдними. Сущность же опредѣленія въ томъ, что форма условливаетъ то, а не другое дѣйствіе auctoritatis. Савиньи подробно не пояснилъ своей мысли, да врядъ ли бы и вышло что нибудь изъ этого поясненія. Опредѣленіе Савиньи—аггрегать всевозможныхъ опредѣленій и тождество, и различіе, и дополненіе дѣеспособности, и устраненіе какихъ то матеріальныхъ [1]) препятствій, а надъ всѣмъ этимъ форма, какъ условіе того или другаго опредѣленія. Мы привели это мнѣніе знаменитѣйшаго цивилиста не съ цѣлью его опровергать (опроверженій оно не требуетъ), а опять таки, чтобы показать, что различіе между auctoritas и consensus еще не найдено.

Остановимся теперь на отдѣльныхъ формальныхъ признакахъ. Послѣ того какъ въ общемъ доказано, что эти признаки не могутъ имѣть значенія на теоретическую сущность акта, остается доказать, какъ выводъ изъ этого положенія, что ни одинъ изъ этихъ признаковъ и не можетъ поэтому составлять необходимаго условія auctoritatis въ отличіе отъ consensus.

Такъ напр. auctoritas tutoris считаютъ за actus sollemnis L. 19 D.

---

[1]) Препятствія могутъ быть только законныя, т. е. consensus есть форма юридическаго, т. е. съ извѣстными юридическими послѣдствіями, а не фактическаго соучастія.

(26, 8). Но уже Куяцій (Obs. lib XV cap. 16), а за нимъ и Höpfner (Comm. стр. 233), замѣтили, что auctoritas tutoris ни въ одномъ законѣ не упоминается между торжественными актами, изъ чего они совершенно правильно выводили, что торжественность не составляла необходимаго условія auctoritatis. Дѣйствительно, много данныхъ за вѣрность этого мнѣнія. Такъ Паниньянъ (L. 77 D. 50, 17) въ перечисленіи actus legitimi даже не намекаетъ на auctoritas tutoris. Если даже и не согласиться (Biener, его изданіе Хейннекція Element. § 249) съ Готофредомъ (Comment. in Tit. Pand. de Reg. jur. стр. 346 со словъ: *Tertio*) въ исчерпывающемъ значеніи фрагмента Паниньяна, то все таки при полномъ молчаніи и прочихъ источникахъ всегда предположеніе вѣрности будетъ за положеніемъ доказаннымъ, хотя и отрицательнымъ путемъ, а не за вовсе не доказаннымъ положеніемъ. Если ссылаются (*Глюкъ* 30 стр. 430) иногда на слова Ульпіяна XI § 27 въ доказательство того, что auctoritas будетъ civile negotium, или что все равно actus legitimus, то и съ этимъ согласиться нельзя. Ульпіянъ перечисляетъ акты, совершеніе которыхъ непремѣнно требуетъ соучастія опекуна и если между ними встрѣчаются civilia negotia (напр. legis actiones и legitima judicia (Gaj. I § 184; Ulp. XI § 24); hereditatis aditio (Gaj. 1 § 176; Ulp. XI § 22; L. 17 § 1 D. 49,1); dotis datio, dictio, promissio (Gaj. 1 §§ 178, 180; Ulp. 11 § 21; L. 60, 61 D. 23,3; L. 28 C. 5, 12) и т. д.), то изъ этого не слѣдуетъ, чтобы auctoritas tutoris было также civile negotium (см. Cujacius Obser. XVII cap. VII). Актъ совершается самой опекаемой дѣйствительно въ формѣ, требуемой закономъ, но чтобъ дѣятельность посторонняго лица, не имѣющая по содержанію ничего общаго съ главнымъ актомъ, облекалась въ ту же форму, не имѣетъ за собою никакого основанія, а напротивъ если вспомнить, что актъ разъ объявленный legitimus не можетъ уже измѣниться въ формальномъ отношеніи въ частныхъ случаяхъ (emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio и т. д.), то станетъ непонятно: какимъ образомъ auctoritas могло примѣняться и при совершеніи negotia non civile, какъ напр. въ другомъ примѣрѣ того же фрагмента Ульпіяна (Si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari;... in rerum nec mancipi alienatione, и др.). Какъ вообще нелогично дѣлать заключеніе о формальности auctoritatis tutoris по тѣмъ актамъ, къ которымъ оно примѣняется, будетъ ясно, если скажемъ, что въ позднѣйшимъ Римскомъ правѣ съ уничтоженіемъ всѣхъ почти actus legitimi auctoritas только и

могло примѣняться къ актамъ неформальнымъ. (Въ Юстиніановомъ законодательствѣ оно упоминается еще при одной hereditatis aditio L. 9 C. 5, 11,). Слѣдовательно, по данному основанію мы были бы обязаны сдѣлать выводъ противный разсматриваемому, и за этимъ выводомъ тѣмъ болѣе было бы достовѣрности, что актъ безспорно признанный неформальнымъ ,consensus curatoris, въ позднѣйшемъ Римскомъ Правѣ свободно примѣнялся при совершеніи такого формальнаго акта, какъ dotis constitutio (L. 60, 61 D. 23,3; L. 28 C. 5,12; L. 7 C. 5,61). Кромѣ того мы имѣемъ и положительныя свидѣтельства источниковъ, что auctoritas tutoris не было actus legitimus, и притомъ свидѣтельство, выраженное въ такой формѣ, что не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, чтобы даже когда-нибудь было иначе. Такъ цитируемъ слова Павла: etiaimsi *non interrogatus* tutor auctor fit, valet auctoritas ejus, quum se probare dicit id, quod agitur hoc est enim auctorem fiere (L. 3 D. 26,8). И такъ auctoritas tutoris никогда не былъ actus legitimus и изобрѣтеніе торжественной формы: Ego in hanc rem auctor fio (*Hugo* Leuhrbuch der Geschichte des Röm. Rechts 8 Изд. стр. 116) и останется одною только выдумкою новѣйшихъ писателей [1]) Нашему положенію не противорѣчитъ и то, что auctoritatem interponere можно было только pure (L. 8 D. (26, 8), хотя дѣйствительно actus legitimi также non recipiunt diem vel conditionem (L. 77 D. 50. 17), все таки этотъ отдѣльной признакъ не даетъ права заключать о торжественности auctoritatis. Такъ во первыхъ это правило оставалось въ силѣ и тогда, когда даже по мнѣнію противниковъ уже нельзя было болѣе считать auctoritas за actus legitimus, а именно послѣ цитированнаго выраженія Павла, а вовторыхъ это уже правило распространялось и на актъ, который никто никогда и не думалъ считать за actus legitimus, а именно consensus curatoris (*Höpfner* § 227 п. 2.). Требованіе безусловности опредѣляется не характеромъ какимъ бы то ни было auctoritatis (Какъ думаетъ напр. *Stru-*

---

[1]) Правда, Теофилъ (ad § 2 I. 1, 21) въ одномъ мѣстѣ своей Парафразы выражается:... οἷον, συνήλλαξα ἐγὼ πουπίλλῳ δεῖ τὸν ἐπίτροπον παρόντα, ἅμα τῷ γίνεσθαι τὸ ψυνάλλαζμα, λέγειν, ὅτι αὐθεντῶ. Но что послѣднія слова не составляютъ торжественной формулы auctoritatis interpos., показываетъ конструкція фразы. Требованіе словесной interpositionis auctor. объясняетъ Теофилъ на частномъ примѣрѣ, приводя примѣрную форму этой auctoritat. interposit. для того, чтобы въ слѣдующихъ строкахъ объяснить, что если эти самыя слова будутъ написаны, то не будутъ имѣть силы auctoritatis tutoris.

vius Syntàg ч. 2 стр. 561) или consensus, а отношеніемъ ихъ къ главному акту (см. *Donell.* L. III cap. 13 § 14). Опекунъ можетъ отказаться отъ соучастія при совершеніи извѣстнаго акта, но коль скоро онъ согласится на auctoritatis interpositio, то уже долженъ выходить изъ содержанія этого акта; иначе выйдетъ юридическая несообразность: актъ безусловный по содержанію долженъ быть признанъ условнымъ и наоборотъ.

Если нѣкоторые писатели и держатся противнаго мнѣнія (напр. *Weber* zu Höpfner стр. 427; Löhr M. 3 § 7), то имъ недостаетъ только одного, а именно: подвердить свое мнѣніе какимъ-нибудь свидѣтельствомъ источниковъ.

Далѣе, § 2 Inst. 1, 21 выражается: «Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit: post tempus interposita auctoritas nihil agit (Theoph. ad. § 2 I. 1, 21; § 2 I. 1, 21; L. 9 § 5 D. 26, 8; L. 24 § 19 D. 40, 5; L. 31 pr. D. 41, 3; L. 137 pr. D. 45, 1). Этого условія не требовалось для consensus curatoris. Особенно сильно налегали на этотъ отличительный признакъ auctoritatis. Мы же постараемся сейчасъ доказать, что смыслъ требованія совпаденія auctoritatis съ совершеніемъ самого акта не въ томъ, что совпаденіе это должно быть непремѣнно во времени, а въ томъ, что только съ auctoritas актъ получаетъ юридическую силу, т. е. начинаетъ свое существованіе, такъ какъ акты однихъ несовершеннолѣтнихъ въ случаяхъ требованія соучастія опекуна ничтожны, буде это требованіе не выполнено, равно какъ и акты миноровъ (см. выше), совершенные безъ соучастія попечителя. Слѣдовательно, какъ consensus cur., такъ и auctorit. tut. вызываютъ къ жизни акты еще несуществующіе. Но слѣдуетъ ли изъ этого, чтобы всѣ условія акта совершались непремѣнно одновременно? Такъ, неужели мы признаемъ, положимъ, договоръ недѣйствительнымъ, если auctoritas получается въ концѣ или непосредственно за совершеніемъ его (*Voet.* ad. L. XXVI t. VIII, 1)? Разумѣется нѣтъ, такъ какъ всѣ условія его совершенія на лицо: выраженіе воли несовершеннолѣтняго auctoris и auctoritas опекуна. Ну, а если послѣ извѣстнаго промежутка времени отъ совершенія акта, контрагентъ согласится принять auctoritas tutoris въ дополненіе къ дѣйствіямъ несовершеннолѣтняго? По моему и это возможно допустить (см. Höpfner стр. 235; Huschke d. Verfassung d. Kön. Servius Tullius Стр. 405); такъ, положимъ, пупиллъ подарилъ sine tutoris auctoritate что либо изъ своего имущества и уже передалъ его. Актъ недѣйствителенъ.

По истеченіи извѣстнаго времени опекунъ даетъ свое согласіе на этотъ подарокъ и donatarius соглашается въ силу того удержать даръ за собою. Даръ получаетъ законную силу, хотя всѣ условія совершенія акта соблюдены не единовременно. Или напр. вступаетъ пупиллъ въ наслѣдство безъ соучастія опекуна (L. 9 § 3, 4 D. 26, 8), и за тѣмъ hereditas это окажется ему lucrosa (Другой примѣръ см. у *Demangeat* I 385 и 6).

Ссылаться (*Глюкъ* 30 стр. 457) въ этихъ случаяхъ на извѣстное положеніе Римскаго Права: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (L. 29 D. 50, 17) никоимъ образомъ нельзя. Правило это выражаетъ юридическую недѣйствительность въ томъ смыслѣ, если требуемыхъ закономъ для юридической дѣйствительности акта юридическихъ условій нѣтъ на лицо, но вѣдь юридическія условія акта, совершеннаго съ соучастіемъ опекуна, именно въ этомъ auctoritatis interpositio (*Пуата* civilist. Abhandungen Стр. 47. *Holzschuher* B. 1 cap. IV 1.); слѣдовательно при наличности его правоотношеніе получаетъ свое initium и initium вполнѣ законное, дѣйствительное (*Rudorff* 2 стр. 316 прим. 27 даетъ другія объясненія cit. фрагменту). Вообще мнѣ кажется, вопросъ долженъ рѣшиться безспорно въ пользу нашего положенія. При совершеніи любаго юридическаго акта tutore auctore участіе опекаемаго при установленіи правоотношенія рѣзко отличается отъ участія опекуна. Первое чисто фактическое, опредѣляющее силу акта только фактически (L. 189 D. 50, 17. см. о дѣеспособности пупилловъ), во второмъ же лежитъ вся юридическая сила совершеннаго акта. Слѣдовательно, для законной силы акта нѣтъ необходимости, чтобы то и другое непремѣнно совпало во времени. Если выразилась уже дѣятельность опекаемаго, то актъ существуетъ фактически, юридически же онъ начинаетъ (initium accipit) существовать съ того момента, съ котораго юридическія условія (участіе опекуна) будутъ въ наличности. Доказать нашу мысль нетрудно. Такъ въ позднѣйшемъ Римскомъ Правѣ отчужденіе имущества опекаемаго получало юридическую силу только тогда, когда совершалось при соучастіи властей (L. 1 § 2 D. 27, 9; L. 2 C. 2, 27; L. 28 C. 5, 37), это соучастіе часто называлось словомъ auctoritas (см. напр. L. 3 § 1 D. 27, 9; L. 5 § 8 D. cod. L. 1 C. 5, 71). Если же въ противность этого положенія отчужденіе произведено безъ соучастія власти, то разумѣется, юридической силы онъ не пріобрѣтаетъ, но если впослѣдствіе полученъ будетъ decretum de alienando, то отчужденіе съ этого момента

будетъ имѣть и юридическую силу (см. аналогичный примѣръ въ L. 25 C. 5, 16).

До сихъ поръ были только общія разсужденія, но нашу мысль мы можемъ подкрѣпить и положительнымъ свидѣтельствомъ источниковъ. Такъ по L. 25 § 4 D. acquir hered. 29,2 отличительный признакъ auctoritatis tutorum по отношенію къ jussum тотъ, что первое можетъ слѣдовать по совершеніи акта; а второе должно предшествовать ему: «jussum ejus, qui in potestate habet, non est simi le tutoris auctoritati, quae interponitur *perfecto negotio* sed praecedere debet...

Такъ понимаетъ это мѣсто Хейнекцій (Antiquit. стр. 186. Element jur. civ. § 250; Günther Princip; § 518. Savigny Syst 3 § 108 и др.) и съ нимъ нельзя не согласиться (Jocob. Gothofred. Comment. ad L. 29 D. 50,17 стр. 169 и слѣд. Напротивъ см. Cujacius Observ. 13, 31), такъ какъ и другія мѣста источниковъ, которыхъ Хейнекцій не имѣлъ въ виду, проводятъ туже мысль, напр. L. 19 § 4 D. de donat (39,5): «Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si *postea* tutore auctore promittat.» Такъ еще юристъ Павелъ (L. 31 pr. D. 41,3) условливаетъ недѣйствительность auctoritatis tutoris не единовременностью вообще съ дѣйствіемъ пупилла, а слишкомъ большимъ промежуткомъ времени между обоими актами (post *longum* tempus venditionis peractum), т. е. по отношенію къ куплѣ-продажѣ такимъ промежуткомъ времени, оставить на которое право опекуна auctoritatem interponere было бы несправедливостью по отношенію къ третьему лицу, связанному обязательствомъ пупиллу. Иногда, но весьма рѣдко, ссылались (напр. Рудорфъ 2 стр. 316 прим. 27) на цитированный фрагментъ, какъ на доказательство требуемой единовременности auctoritatis tutoris съ дѣйствіемъ пупилла. Но уже прилагательное *longum*, кажется, могло бы убѣдить, что просто *post tempus* auctoritas interposita давало акту полную юридическую силу. Такъ еще: если пупиллъ заключалъ двустороннюю обязательную сдѣлку, то обязывался только его контрагентъ (pr. I. 1,21; L. 13 § 29 D. 19,1; L. 5 § 1 D. 26,8). Но требовать исполненія этого обязательства опекаемый могъ только тогда, когда готовъ былъ, разумѣется, выполнить его съ своей стороны (L. 3 § 4 D. 3,5), а для послѣдняго требовалось непремѣнно согласіе опекуна (*Савиньи* System III § 108), которое, коне-

чно, и имѣло значеніе согласія на самое обязательство, заключенное опекаемымъ. Согласіе же это могло только выразиться посредствомъ auctoritatis interpositio, которое въ этихъ случаяхъ и не совпадало во времени съ заключеніемъ сдѣлки пупилломъ (см. примѣр. L. 7 § 1 L. 18,5). Наконецъ, въ литературѣ Римскаго Права до сихъ поръ по крайней мѣрѣ не выражено сомнѣнія на мысль объ аналогіи auctoritatis tutoris съ извѣстнымъ auctoritas въ государственномъ правѣ. Эта же auctoritas, утвержденіе постановленій центуріатскихъ собраній сенатомъ (auctoritas patrum см. Cic. Brut. 14, pro Dom. 14, pro Planc. 3; Plutarch Coriolan. стр. 227; Liv. 1, 17, 22, 32, 6, 42, 7, 16), какъ полагаютъ одни (*Wachsmuth* ältere Geschichte des Röm Starts стр. 337 и слѣд. *Huschke Verfas.* стр. 403 и 4) или a comitiis curiatis, какъ полагаютъ другіе (*Niebuhr* R. Gesch. т. 1 стр. 374 590; *Walter* I, 3 прим. 34 cap. 11 стр. 84),-всегда слѣдовало за выраженіемъ акта народной воли и, конечно, могло даже значительно расходиться съ нимъ во времени, а тѣмъ не менѣе постановленіе народное получало законную силу. Въ императорскія времена Princeps былъ auctor Senatui juris condendi (L. 32 pr. D. de donat, int. vir. et ux. 24, 1, см. *Huber* Praelec. P. III стр. 288). И такъ кажется, можно считать доказаннымъ, что совпаденіе во времени съ совершеніемъ акта не составляетъ необходимаго признака auctoritatis tutoris, а цитированный въ началѣ § 2 I.(1,21) можетъ выражать традиціозный принципъ обыкновенныхъ явленій жизни (nulla differentia est non interveniat auctoritas, an perperam adhibeatur L. 28. 26, 8), принципъ, наконецъ, даже возведенный въ положительный законъ, но не имѣющій за собой ни теоретическаго, ни практическаго смысла; почему въ тотъ же Сводъ дѣйствующихъ при Юстиніанѣ законовъ, вошли фрагменты, de facto отмѣняющіе это начало.

Если наше разсужденіе справедливо, то и присутствіе опекуна при совершеніи акта не составляло необходимаго условія правильной auctoritatis interpos. (Gell. 20, 10, § 2 I. 1,21. Theoph. ad. § 2. I. 1,51; L. 1 § 1; L. 14 D. 26,8; L. 11 D. 41,1; L. 1 pr.; L. 137 pr. D. 45,1). Этотъ признакъ, выставляемый также въ числѣ отличительныхъ одного auctoritatis tutoris находится въ тѣсной связи съ другимъ такимъ же отличительнымъ признакомъ, а именно, auctoritas tutoris необходимо должно было быть облечено въ словесную форму, всякая другая дѣлала его недѣйствительнымъ. На этомъ послѣднемъ признакѣ мы провѣримъ и первый.

И такъ говорятъ, что auctoritas tutoris облекалось всегда въ словесную форму и никогда въ письменную (§ 2 I. 1, 21; L. 9 § 5 D. 26, 8; L. 25 § 4 D. 29,2). Въ источникахъ съ одной стороны требованіе выражено категорично, съ другой же стороны попадаются выраженія, допускающія совершенно противное, какъ напр. L. 9 § 6 D. de auct. (26, 8). Ссылаются обыкновенно на этотъ фрагментъ весьма глухо, какъ бы избѣгая или не сознавая необходимости прежде ссылокъ опредѣлить: формальныя условія auctoritatis имѣли ли значеніе только для опекаемаго или же и для третьяго лица? Если же задаться этимъ вопросомъ, то рѣшить его можно только въ томъ смыслѣ, что они имѣли значеніе исключительно для третьяго лица, а именно по слѣдующимъ основаніямъ: auctoritas tutoris требовалось при заключеніи только такихъ обязательственныхъ сдѣлокъ, которыми обязывается и пупиллъ. Несоблюденіе формальныхъ ея условій влекло недѣйствительность сдѣлки только со стороны этого обязательства, такъ какъ другихъ обязывать пупиллъ могъ и безъ соучастія опекуна. Слѣдовательно для третьяго лица безъ сомнѣнія въ интересѣ дѣйствительности сдѣлки важно законное выраженіе этого опекунскаго соучастія. А между тѣмъ мы видимъ, что вмѣсто требуемой якобы закономъ словесной формы, достаточно письменной approbatio для того, чтобы соучастіе считалосье выраженной вполнѣ законно. Или быть можетъ Римляне требовали предъ письменнымъ заявленіемъ опекуна торжественное, словесное выраженіе своего соучастія пупиллу съ глазу на глазъ (иначе слѣдовало бы установить правила о свидѣтеляхъ и т. п.), а за тѣмъ изложенія всей этой самой процедуры на письмѣ, которое только и имѣло значеніе auctoritatis въ силу этой предварительной процедуры. Этого впрочемъ никто не утверждаетъ, хотя мы были бы въ правѣ это вывести изъ того, что подпись и приложеніе печати опекуна на актѣ имѣютъ значеніе не самаго auctoritatis, а только доказательства его соучастія (L. 20 D. 26,8). Но этого вывода мы не хотѣли дѣлать: вопервыхъ въ виду только что сказаннаго о смѣшной процедурѣ auctoritatis interp. глазъ на глазъ съ пупилломъ, а во вторыхъ, что цитированный въ ссылкѣ фрагментъ ясно выражается о полномъ безразличіи для силы акта подписи опекуна или словесной его auctoritatis interp., а потому мы можемъ сказать, что auctoritatem interponere можно было и письменно (*Dosith.* Disput f. de manum. § 15 (ed Boecking), т. е. иначе условіе словесности не составляло такой формальной необходимости, безъ которой было немыслимо auctori-

tas. Общее же правило о словесной формѣ auct. объясняется тѣмъ же, чѣмъ объясняется и множество другихъ положеній Римскаго Права, а именно: исторической традиціей, основаніе которой не въ теоретической характеристикѣ, а въ фактическихъ явленіяхъ жизни. Auctoritas tutoris-было извѣстно еще тогда, когда о письменной формѣ какого бы то ни было производства, какъ публичнаго, такъ и частнаго, не было и помину. Вѣковой обычай interponere auctoritatem словесно могъ выработать такое положеніе, что обыкновенная форма выраженія опекунскаго соучастія — словесная, но это была только обыкновенная (de facto) форма, сущности же auctoritatis не противорѣчила и всякая другая; почему коль скоро поднялся вопросъ о силѣ письменной формы, то онъ и былъ рѣшенъ утвердительно. Этимъ же традиціознымъ принципомъ объясняется и то, что опекуномъ не могъ быть нѣмой, глухой (L. 1 § 2. 3 L. 17 D. 26, 1; L. 10 § 1; L .11 D. 26, 4; Frag. Vat. § 238), но могъ имъ быть слѣпой (L. 16 D. 26,8. Впрочемъ въ 17 столѣтіи это положеніе было еще спорно, см. Duarenus стр. 401; *Otto*, Comment ad. Inst. стр. 137.). Когда обыкновенною формою опекунскаго соучастія было словесное заявленіе, то, разумѣется, надо было и слышать, и говорить умѣть; когда же стали и письменно auct. interponere, то, конечно, для этихъ случаевъ нѣмота и глухота не могли быть препятствіемъ къ назначенію въ опекуны; но что до послѣднихъ временъ ихъ обходили, объясняется уже затрудненіемъ испрашивать опекуна каждый разъ уже на тѣ случаи, когда auctoritatis interpositio. по свойству главнаго акта, требовало обыкновенно словесной формы, какъ напр. stipulatio, cretio, dotis dictio и т. п. (см. дальше). Consensus curatoris напротивъ въ исторіи появился несравненно позже auct., а именно въ то время, когда и въ публичномъ (процессъ per formulas) и частномъ (завѣщанія) производствѣ письменная форма сдѣлалась обыкновенною, почему съ самаго начала не затруднялись примѣнить ее къ соучастію попечителя. Вотъ почему здѣсь и не могло образоваться правило о какой бы то ни было одной требуемой закономъ формѣ.

Въ результатѣ же мы видимъ, что какъ словесная, такъ и письменная форма безъ затрудненія могли примѣняться какъ къ auctoritas tutoris, такъ и consensus curatoris, когда это допускало свойство главнаго акта, не условливая и не обусловливаясь ихъ сущностью. Этимъ же положеніемъ исключалась необходимость и личнаго присутствія

опекуна при совершеніи акта пупилломъ, т. е. auctoritatis interpositio нетребовало необходимо личнаго присутствія опекуна.

Въ заключеніе спрашивается: какой смыслъ могли имѣть только что разсмотрѣнныя формальныя требованія auctoritatis, въ отличіе отъ неформальныхъ требованій consensus даже въ предположеніи противнаго нами сказанному? Обыкновенно въ литературѣ этого вопроса избѣгаютъ, а когда если и даютъ отвѣтъ на него, то это такой голословный наборъ общихъ фразъ (см. напр. *Дабеловъ* III стр. 518), на которыхъ даже не стоитъ и останавливаться. Сами источники указываютъ только на результатъ несоблюденія этихъ формальныхъ условій, а именно въ принципѣ подобное auctoritas не имѣло вовсе никакого значенія, т. е. считалось ничтожнымъ. Но это положеніе какъ мы видимъ, есть только выводъ изъ тѣхъ отдѣльныхъ положеній, которыя составлялись путемъ возведенія древнихъ обыкновенныхъ явленій жизни въ законъ. Коль скоро же такой законъ существуетъ, то все противное ему должно быть отрицаемо. Но изъ самого способа составленія этого закона не слѣдуетъ еще, чтобы онъ практически и теоретически былъ необходимъ, якобы вытекая изъ какой то особенной внутренней сущности auctoritatis. Это то и выразилось въ позднѣйшихъ обходахъ древняго обычая, наконецъ, обратившихъ его въ совершенный анахронизмъ. Также мало условливаются внутренней сущностью того или другаго акта и другія чисто внѣшнія особенности того или другаго, даже въ предположеніи ихъ достовѣрности. Такъ напр. думаютъ, что auctoritas не можетъ быть вынуждаемо у опекуна; а consensus можетъ быть вынужденъ у попечителя (L. 1 §§ 2, 3 D. 26, 1) въ иныхъ случаяхъ. Но изъ чтенія цитированныхъ L. 1 §§ 2 3 D. этого признака ни для того, ни для другаго вывести нельзя. Въ L. 1 § 2 D. просто приводятся случаи, когда опекуну немыслимо auctoritatem interponere и затѣмъ оканчивается: «pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent». Слѣдовательно, содержаніе фрагмента то, что если пупиллъ не можетъ въ силу извѣстныхъ причинъ принимать участія въ совершеніи акта, то за него совершаетъ актъ опекунъ, если же можетъ, то опекунъ не имѣетъ права отговариваться нежеланіемъ, чтобы пупиллъ дѣйствовалъ съ его соучастіемъ, а обязанъ auctoritatem interponere.

Такъ какъ напротивъ у adulti этихъ причинъ различія быть не можетъ, то обыкновенно къ нему лично и обращаются, а попечитель только consensum dat. До сихъ поръ споръ идетъ только объ ин-

терпретаціи, но спрашивается вообще: подлежитъ ли полному произволу опекуна auctoritatem interponere или нѣтъ? Писатели, отвѣчающіе утвердительно (см. напр. *Duarenus* стр. 404) ссылаются обыкновенно на слова Ульпіяна: «tutor si invitus retentus sit, per vim non valet quod agitur(L. 1 § 1; L. 14 D. 26, 8).» Но дѣло въ томъ, что рѣчь тутъ идетъ о насиліи, а не о принужденіи юридическомъ (см. окончаніе фрагмента), допущенномъ вполнѣ ясными словами источниковъ, напр. при опекѣ надъ взрослыми женщинами (Cic. pro Murena c. 12. Gaj. I §§ 190, 192; II §§ 121, 122; L. 7 § 1 D. 27, 6). Если этого принужденія не допускается при tutela pupillaris, то только потому, что общимъ правиломъ иски по опекѣ не могутъ быть вчиняемы пупилломъ въ продолженіи опеки (L. 9 § 4 D. 27, 3. Giphanius стр. 462), [1]) а строго организованнаго вѣдомства надзора за опекуномъ Римляне не знали (Рудорфъ I § 2). Это все вмѣстѣ и выражается въ L. 17 D. 26, 8. Но не о субъектѣ принужденія идетъ тутъ рѣчь, а такъ какъ accusationem tutoris suspecti можетъ вчинять каждый, то опекунъ и принуждается къ auctoritatis interpositio, напр. въ случаѣ если откроется опекаемому выгодное наслѣдство (L. 3. § 17 D. 26, 10 *Voet* Com. 26, 8, 8).

Кромѣ того въ источникахъ упоминаются и нѣкоторые частныя примѣры прямаго принужденія, такъ напр. читаемъ фрагментъ Ульпіяна (L. 30 § 3 D. 40, 5). Si vero pupillus tutorem habet, is que nolit ad libertatem praestandam auctor esse, adeo non habet impedimento esse neque pupillo, ut libertos non habeat, neque libertati.. ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, *perinde atque si ab ipso pupillo tutore auctore* manumissus esset.

Также мало допускаетъ насилія и consensus curatoris, какъ юридическое дѣйствіе, а средствомъ къ принужденію на соучастіе въ случаѣ справедливаго требованія его со стороны минора, если выставлена не просьба къ претору, то полный просторъ въ accusatio suspecti.

И такъ даже ни одинъ внѣшній признакъ, могущій отличить auctoritas tutoris отъ consensus curatoris, не составляетъ необходимаго

---

[1]) *Рудорфъ* 2 стр. 313, 314 думаетъ, что принужденіе немыслимо въ данномъ случаѣ потому, что опекунъ отвѣчаетъ по actio tutelae за послѣдствія своей auct. interp. какъ части administrat. bonor. Но едва ли это основаніе вѣрно, такъ какъ объяснить какимъ бы то ни было образомъ уклоненіе отъ этого положенія при tutela sexus едва-ли будетъ логично, выходя изъ даннаго основанія.

условія его; большая же или меньшая примѣнимость того или другаго (см. *Keller* § 423) разумѣется, на различіе ихъ вліять не можетъ.

Въ результатѣ же всего сказаннаго о попыткахъ различить auctoritas tutoris и consensus curatoris мы можемъ смѣло утверждать, что если дѣйствительно между ними и есть какое-нибудь различіе, думать о которомъ даетъ поводъ различіе самихъ выраженій, то все таки оно еще не найдено. Спрашивается: въ чемъ можетъ выражаться различіе обоихъ актовъ? Подобные аналогичные акты могутъ различаться только въ своихъ дѣйствіяхъ. Какъ auctoritas tutoris, такъ и consensus curatoris суть такіе акты, которыми выражается соучастіе третьихъ лицъ при совершеніи юридическихъ актовъ самими формальными аукторами [1]). Слѣдовательно, единственнымъ юридическимъ назначеніемъ того и другаго будетъ—вліять извѣстнымъ образомъ на силу актовъ auctorum. Въ степени этого вліянія только и можетъ выразиться различіе между обоими, а не въ опредѣленіяхъ въ родѣ разсмотрѣнныхъ выше, такъ какъ всякое опредѣленіе того или другаго непремѣнно должно выяснить сущность ихъ по отношенію къ этому единственному практическому ихъ назначенію; иначе всякое другое опредѣленіе будетъ фразою безъ выраженія. Тоже слѣдуетъ сказать и объ отдѣльныхъ признакахъ. Если эти признаки не имѣютъ вліянія на силу соучастія опекуна и попечителя при совершеніи юридическихъ актовъ пупиллами и минорами, то о нихъ и рѣчи быть не можетъ при различеніи auctoritatis и consensus, такъ какъ дѣйствіе того и другаго не будетъ зависѣть отъ этихъ признаковъ, которыхъ наличность слѣдовательно только и можетъ объясниться чисто историческимъ путемъ.

И такъ *о степени вліянія auctoritatis tutoris и consensus curatoris на силу юридическихъ актовъ пупилла и минора.* Обыкновенно пробнымъ камнемъ дѣеспособности индивида принимаютъ силу его обязательственныхъ сдѣлокъ. Дѣйствительно, обязательственныя сдѣлки, особенно въ римскомъ правѣ, даютъ возможность болѣе многостороннему анализу дѣеспособности, такъ какъ дѣйствія ихъ не такъ просто-однородны, какъ дѣйствія другихъ юридическихъ актовъ. Выше мы видѣли, что въ принципѣ для позднѣйшаго права различія въ дѣеспособности пупилла и дѣеспособности минора не было никакого; какъ слѣдствіе этого положенія мы видѣли, что и обязатель-

[1]) Слово «соучастіе» (Mitwirkung) встрѣчается впервые только въ самой новѣйшей литературѣ (см. напр. Müller Instit. стр. 666 и слѣд., Esmarsch Grundzüge § 517 и др.).

ственныя сдѣлки, требовавшія при совершеніи ихъ пупилами и минорами соучастія опекуна и попечителя, въ общемъ ничтожны, если это требованіе было не выполнено. Слѣдовательно, по степени вліянія соучастія того или другаго на силу юридическаго акта пупилла или минора они не различаются вовсе, а такъ какъ этимъ дѣйствіемъ опредѣляется сущность акта, то потому и различія въ сущности между соучастіемъ опекуна и попечителя нѣтъ.

Мало того, положеніе, что въ римскомъ правѣ не признавалось никакого различія между соучастіемъ опекуна и попечителя, будетъ непреложно вѣрнымъ и въ томъ случаѣ, когда съ господствующимъ мнѣніемъ примемъ только расторжимость обязательственныхъ сдѣлокъ самого минора, а не ничтожность, какъ для обязательственныхъ сдѣлокъ пупилла. Т. е. въ вопросѣ о дѣеспособности допустимъ различіе между тѣми и другими, или, что все равно, допустимъ различіе между auctoritas tutor. и consensus curat. въ предположеніяхъ. Если теперь обратимся къ источникамъ, то увидимъ, что соучастіе попечителя и при актахъ, признаваемыхъ абсолютно ничтожными, если совершались миноромъ безъ этого соучастія (напр. L. 3 C. 2, 22), все таки носило всегда названіе consensus, а не auctoritas curatoris. А ужь это одно заставило бы насъ сдѣлать такое заключеніе, что на различіе того и другаго не имѣютъ вліянія предположенія, а только результаты, т. е. дѣйствіе ихъ на силу акта. Въ послѣднемъ же отношеніи они ни чѣмъ не отличаются. И такъ во всякомъ случаѣ auctoritas tutoris и consensus curatoris — акты одного и того-же характера, различія между которыми провести никоимъ образомъ нельзя.

Это впослѣдствіи сознавали и римскіе юристы, употребляя безразлично оба выраженія (см. напр. L. 61 pr. D. 23, 3... curator.... ulla auctoritas L. 17 § 1 D. 49, 1... quoniam curatoris auctoritas. см. т. L. 8 D. 1, 7; L. 1 § 14 D. 36, 1; L. 8 C. 5, 4; L. 5, C. 5, 59. Или даже одно слово для обоихъ вмѣстѣ L. 1 § 4 D. 26, 7). Впрочемъ послѣднее считаютъ (см. Zimmern § 232; Löhr стр. 34 прим. 3; Boecking § 294; Вангеровъ I стр. 562; Demangeat I стр. 395 и др.) за не точность со стороны кампиляторовъ, или даже самихъ авторовъ cit. фрагментовъ. Мы же полагаемъ, что въ наукѣ подобной фразой не могутъ быть устраняемы затрудненія и особенно въ данномъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о строгомъ различіи обоихъ понятій. Предполагать подобное рѣзкое различіе, значитъ признать техничность обоихъ выраженій, а техничность установившаяся не допускаетъ уже

неточностей. Воробья вороной не назовешь. Притомъ эту якобы неточность встрѣчаемъ, какъ у юристовъ и даже классическихъ, такъ и въ императорскихъ конституціяхъ. Поэтому другіе писатели (напр. Келлеръ § 423) уже принимаютъ во вниманіе эти выраженія источниковъ, но допускаютъ ихъ, какъ исключеніе изъ правила. Пріемъ этотъ научно добросовѣстнѣе, но ничего не поясняющій. Кромѣ этого безразличнаго употребленія обоихъ выраженій въ источникахъ попадаются выраженія, даже явно указывающія на теоретическое тождество обоихъ актовъ. Такъ напр. рескриптъ Діоклетіана и Максиміана выражаются.... *sicut* pupillus tutore auctore agere et conveniri potest, *ita*, et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet (см. т. L. 26 C. 5, 37; L. 1 § 2, 3 D. 26, 7). Далѣе за вѣрность нашей мысли, какъ за безспорное положеніе, свидѣтельствуетъ главнымъ образомъ тотъ фактъ, что попечительство въ позднѣйшемъ правѣ часто (см. ниже) назначалось и къ несовершеннолѣтнимъ (cura impuberum). Если же пришлось бы подобному пупиллу совершить актъ, необходимо требующій соучастія третьяго лица, то curator impuberis могъ consensum dare [1]). Выходя же изъ недѣеспособности пупилла, мы заключаемъ, что и въ предположеніи и въ результатѣ consensus curatoris ничѣмъ не отличается отъ auctoritas tutoris. Въ предположеніи—въ томъ смыслѣ, что въ силу полной недѣеспособности пупилла consensus составляетъ соучастіе попечителя при совершеніи акта юридически ничтожнаго, а въ результатѣ—въ томъ смыслѣ, что это соучастіе даетъ акту полную юридическую силу.

Рубрика титула: *de auctoritate et consensu* tutorum et curatorum (Dig. 26, 8; см. также C. de auctoritate praestanda 5, 59; I. de auctor. tutor. 1, 21; Dig. quod falso *tutore auctore* gestum 27, 6) за техничность того или другаго слова не говоритъ (см. Вангеровъ § 263; Löhr стр. 35), а что приводятся оба, такъ вѣдь мы и не отрицаемъ прежнюю ихъ техничность, а только послѣдующее ихъ безразличное употребленіе объясняемъ на основаніи выше сказаннаго постепеннымъ сознаніемъ теоретическаго ихъ тождества [2]).

---

[1]) Обыкновенно въ литературѣ объ этой функціи curatoris pupilli умалчиваютъ, но признать ее за нимъ необходимо (см. Le Fort стр. 20, хотя и бездоказательно. Но есть и положительныя данныя, такъ сравн. § 3 I. 1, 21 съ L. 1 § 2 D. 26, 7.

[2]) Считаю необходимымъ замѣтить. что въ литературѣ встрѣчалъ ссылки на одну диссертацію, которую, къ сожалѣнію, добыть не удалось, а именно Toullieu de auctoritate curatorum aetatis 1737 г. Авторъ также доказывалъ тождество consensus и auctoritas, но въ какомъ смыслѣ и какимъ

Доказавъ тождество auctoritatis tutoris и consensus curat. мы тѣмъ съ точки зрѣнія критикуемаго мнѣнія доказали и тождество опеки и попечительства. Ульпіянъ подводитъ обязанности опекуна подъ 2 функціи: negotiorum gestio и auctoritatis interpositio. Обязанности попечителя состоятъ точно также изъ двухъ функцій: negotiorum gestio и consensus datio. Тождество въ послѣднихъ функціяхъ нами доказано, а тождество по отношенію къ negotiorum gestio признается и самими послѣдователями критикуемаго мнѣнія (см. напр. Löhr. Archiv 11 стр. 13; Savigny Schutz стр. 285) и притомъ такъ, что даже уклоненія нѣкоторыя не считаютъ вытекающими изъ теоретическихъ особенностей того или другого института, а условливаемыми извѣстными качествами опекаемыхъ, или даже просто не систематичностью позднѣйшихъ законодателей (Löhr Magaz. 3 стр. 69, 70).

Въ заключеніе разсмотрѣнной теоріи, въ силу которой различіе между опекой и попечительствомъ основывалось на признакѣ auctoritatis, скажемъ нѣсколько словъ вообще объ основаніи этой теоріи. По словамъ Ульпіяна дѣятельность опекуна состоитъ въ веденіи дѣлъ и въ соучастіи при совершеніи актовъ пупилломъ (Ulp. 11 § 25). Изъ содержанія тѣхъ актовъ, которыхъ юридическая сила обусловливалась соучастіемъ опекунскимъ при ихъ совершеніи, мы заключаемъ, что назначеніе его, какъ и предоставленное веденіе дѣлъ (negotiorum gestio),—охранять имущественный интересъ пупилла. Охраненіе имущественнаго интереса въ обширномъ смыслѣ выражалось въ дѣятельности управленія имуществомъ въ обширномъ смыслѣ (plena administratio bonorum) безъ отношенія къ тѣмъ средствамъ, которыми оно выражалось. Слѣдовательно, отношеніе negotiorum gestionis и auctoritatis interpositionis къ общему назначенію опекуна опредѣляется значеніемъ способовъ проявленія этого назначенія.

Что въ частности auctoritatis interpositio дѣйствительно составляло pars potestatis administratoriae tutoribus concessae (см. Günther § 518; Cujacius Paratitla in lib. 26 D. tit. 8; Duarenus стр. 403, Бринцъ и др.), доказывается вопервыхъ тѣмъ, что отвѣтственность за послѣдствія юридическаго акта имущественно убыточныя пупиллу несъ опекунъ, какъ администраторъ его имущества (L. 17 D.

путемъ изъ ссылокъ на него не выясняется. Самъ же я читалъ нѣкоторыхъ писателей прошлыхъ столѣтій, которые при замѣчательномъ знакомствѣ съ источниками не осмѣливались высказаться за различіе, но молчали и о тождествѣ. Напр. см. Duarenus Omnia oper. Стр. 403 и др.

26, 8); а во вторыхъ общимъ правиломъ отъ усмотрѣнія опекуна зависѣло совершить извѣстный актъ одному или чрезъ соучастіе при совершеніи акта пупилломъ (L. 1 § 2 D. 26, 7). Слѣдовательно обязанности опекуна не различались по способамъ ихъ выполненія, а потому auctoritas t. слѣдуетъ принять за одинъ изъ такихъ способовъ выполненія опекунскихъ обязанностей по administratio bonorum, какъ таковымъ же способомъ могли быть всевозможныя порученія опекуномъ извѣстныхъ вѣтвей управленія и постороннимъ лицамъ подъ его надзоромъ (напр. L. § 16 D. 14. 1). Далѣе, такъ какъ по отношенію къ юридической сторонѣ administrationis bonorum попечитель ничѣмъ не отличается отъ опекуна (напр. Rein стр. 26, 3; Савиньи Schutz стр. 285; Лёръ Magaz. 3 § 6), то эти же разсужденія имѣютъ силу и по отношенію къ нему.

Послѣ этого очевидно, какъ нелогично анатомировать обязанности опекуна или попечителя по тѣмъ способамъ, которыми достигается выполненіе этихъ обязанностей, и строить на нихъ теоретическое различіе двухъ институтовъ.

Какъ опекунъ, такъ и попечитель обязываются пещись объ имущественномъ интересѣ извѣстныхъ лицъ. Эту обязанность можно по латыни назвать administratio bonorum, но только въ обширномъ смыслѣ, т. е. въ такомъ смыслѣ, чтобы подъ него подошли какъ веденіе дѣлъ, такъ и соучастіе при совершеніи извѣстныхъ актовъ пупиллами и минорами.

Что дѣйствительно Римское право обращало вниманіе только на общее назначеніе того и другаго института, необходимо слѣдуетъ изъ того, что однимъ и тѣмъ же словомъ съ соотвѣтствующимъ ему понятіемъ опредѣлялось и то лице, которое даже по непосредственной цѣли своего назначенія не имѣло на обязанности принимать соучастіе въ юридическихъ актахъ пупилла, минора, и то лице, которое наоборотъ по непосредственной цѣли своего назначенія не имѣло на обязанности управлять имуществомъ пупилла, минора. Если слѣдовательно опредѣлить опеку или попечительство по тѣмъ способамъ, которыми достигалось охраненіе имущественнаго интереса пупилла или минора, то ни одно изъ нихъ не будетъ вѣрнымъ. Сказать напр., что функціи опекуна состоятъ только въ веденіи дѣлъ пупилла, напр. infantis, furiosi, значитъ, что лице, которое даже вовсе не имѣетъ своимъ назначеніемъ negotiorum gestio, а только auctoritatem interponere, напр. спеціальный опекунъ (L. 17 § 1 D. 49, 1 и др.), не можетъ быть названъ опекуномъ. Если же сказать, что функціи опекуна со-

стоятъ и въ negotiorum gestio и въ auctoritatis interpositio, напр. если пупиллъ major infantiae, то ужъ нельзя назвать опекуномъ такихъ лицъ, которыя по самому закону могутъ имѣть одну только изъ этихъ функцій.

Тоже самое должно сказать и о попечительствѣ.

Если же negotiorum gestio и auctoritatis interpositio могутъ быть разсматриваемы какъ различные способы выполненія опекунскихъ обязанностей—охранять имущественный интересъ пупилла,—то такъ какъ способы эти не вліяютъ на теоретическій характеръ института, т. е. его назначеніе, то безразлично для цѣлостности института, будетъ ли въ наличности одно или другое изъ нихъ.

Если тѣ же разсужденія примѣнить къ попечительству, то увидимъ, что и по Римскому Праву нельзя сомнѣваться въ теоретическомъ тождествѣ обоихъ институтовъ, тождествѣ, выражающемся въ одномъ и томъ же назначеніи обоихъ — охранять имущественный интересъ такихъ лицъ, извѣстная безпомощность которыхъ можетъ повлечь за собою убыточныя послѣдствія.

Итакъ съ точки зрѣнія разсмотрѣннаго воззрѣнія на теоретическое различіе опеки и попечительства тождество между ними можно считать доказаннымъ.

Если держаться разсмотрѣннаго воззрѣнія на различіе опеки отъ попечительства, то мы кромѣ того должны допустить и такіе изъ него логически необходимые выводы, которые будутъ противорѣчить уже положительнымъ даннымъ. Если auctoritatis interpositio составляетъ исключительно отличительный признакъ опеки, то administratio bonorum (въ тѣсномъ смыслѣ), какъ не составляющее необходимой функціи опекуна въ силу самого его назначенія, можетъ и не принадлежать къ его обязанностямъ, т. е. иначе мы должны допустить, что по римскому праву опекуны назначались къ лицамъ и неимующимъ. Это положеніе находится въ тѣсной связи съ прежнимъ воззрѣніемъ на различіе опеки отъ попечительства. Воззрѣніе это формулировалось фразой: опекунъ назначается къ лицу, а попечитель къ имуществу опекаемаго (напр. Zoesius Comm. in Dig, стр. 590; Cujacius Paratitla in lib. 26 D. tit. I; Otto Comment. ad Inst. стр. 134; Noodt ad Pand. 26 § ult. ergolex; Ej. Observat. 2 cap. 19; Günther Principia jur. § 493; Дабеловъ § 286 и др.).

Подобное различеніе неосновательно уже въ самомъ исходномъ пунктѣ. Опекунъ къ неимущему не назначался. Такъ, древнимъ общимъ правиломъ было: nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem

in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset (L. 73 § 1 D. de regul. jur. ant. 50, 17). Въ позднѣйшемъ правѣ въ частности было постановлено, что постороннее лицо и мать не иначе получаютъ право назначать impuberi опекуна, какъ если оставятъ ему что либо въ наслѣдство (L. 4 D. 26, 2; L. 4, 5 D. 26, 3; L. 32 D. 27, 1; L. 4 C. 5, 28 о чтеніи этого рескрипта Александра см. у Вангерова I § 265). Тоже правило было признано и на тотъ случай, когда отецъ желалъ назначить опекуна своему незаконнорожденному сыну (L. 7 pr. D. 26, 3; L. 4 C. 5, 29; Nov. 89 c. 14). Остается значитъ рѣшить: можетъ-ли отецъ назначить опекуна къ неимущему законному ребенку? Всѣ приводимыя въ доказательство положительнаго или отрицательнаго отвѣта мѣста источниковъ прямо вопроса не рѣшаютъ, хотя заключительныя слова фрагмента L. 53 pr. D. 50, 16 при болѣе простомъ ихъ пониманіи уполномачиваютъ скорѣе на отрицательный отвѣтъ: ...tutor separatim sine pecunia dari non potest (см. также L. 12 — 15 D. 26, 2; L. 7 pr. D. 26, 3). Но если даже предположить, что смыслъ этихъ словъ будетъ: наслѣдодатель не можетъ распорядиться объ опекѣ, не распорядившись въ тоже время и объ имуществѣ [1]) (см. Bachovius in Inst. стр. 131, затѣмъ Рудорфъ, Вангеровъ и др.), то всетаки за отрицательный отвѣтъ можемъ привести множество другихъ положительныхъ и безспорныхъ данныхъ.

Если иногда, напротивъ, ссылаются на право отца назначать опекуна сыну, даже лишенному наслѣдства (L. 4; L. 10 pr. § 2 in fin.; L. 26 § 2; L. 31 D. 26, 2), то все таки изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы сынъ не имѣлъ другаго какого либо имущества. Преимущество же отца въ данномъ случаѣ объясняется тѣмъ, что exheredatione не прекращается отцовская власть (Donell. L. III cap. 4 § 9; Noodt ad L. 26. tit. 2; Höpfner Comm. стр. 215. См. напр. § 4 I. 2, 16). А что filius (a) exheredatus (a) долженъ былъ имѣть имущество, чтобы получить опекуна, тому имѣемъ мы совершенно ясныя свидѣтельства источниковъ. Такъ позволю себѣ въ примѣръ интер-

---

[1]) Хотя наше пониманіе подкрѣпляется еще слѣдующими свидѣтельствами источниковъ: законъ XII таблицъ выражается весьма ясно: ...uti legassit super pecunia tutelave *suae rei* (Bruns Fontes Tab. 5, 3 см. Schroeter De nexu tutel. стр. 32). Къ этимъ словамъ L. 53 pr. D. 50, 16 cit. служитъ только комментаріемъ. Затѣмъ см. L. 7 D. 26, 1: tutores...a testatore-proficiscuntur, *simulatque aliquis heres extitisset* L. 9 D 26, 1: *si vero unus ex pluribus adierit* (hereditatem) *tutelae statim valent*... См. также L. 10 pr. D. 26, 1; L. 2 C. 5, 28 и т. д.

претировать L. 26 § 2 D. 26, 2: propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exhereditato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet; eventus judicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit, т. е. опекунъ будетъ считаться назначеннымъ по завѣщанію отца только въ томъ случаѣ, когда лишенный наслѣдства въ результатѣ своей querella inofficiosi testamenti получитъ извѣстную долю изъ имущества покойнаго отца (тоже правило повторено Сцеволою въ L. 31 D. 26, 2). Въ случаѣ проигрыша назначеніе опекуна будетъ слѣдовать отъ претора. Въ результатѣ же, такъ какъ искъ по наслѣдству—тоже имущество, то значитъ сыну, не наслѣднику, отецъ никогда не назначаетъ опекуна; этимъ же подтверждается вполнѣ древнее начало L. 73 § 1 D. 50, 17 см. Gothofredus In. tit. Pand. стр. 318). Наконецъ, тоже положеніе необходимо вытекаетъ и изъ самаго содержанія опекунскихъ обязанностей. Ульпіанъ (11 § 25) говоритъ, что tutores pupillórum (arum) negotia gerunt et auctoritatem interponunt. И такъ, слѣдуетъ принять, что обязанности опекуна въ разсматриваемомъ случаѣ ограничатся только auctoritatis interpositione, хотя по категоричной связи negotior. gestion. и auct. interp. и оговоркѣ въ слѣдующихъ же словахъ того же фрагмента (mulierum autem tutores auctoritatem *dumtaxat* interponunt) слѣдовало бы, что одна auctorit. interpositio безъ negotior. gestio при опекѣ надъ несовершеннолѣтними немыслима. Если въ позднѣйшихъ источникахъ и встрѣчаются спеціальные опекуны, обязанность которыхъ ограничивается однимъ auctor. interposit., то въ этихъ случаяхъ всегда имѣлись попечители, которые занимались negotiorum gestione (напр. L. 17 § 1 D. 49, 1), точно такъ, какъ tutor honorarius всегда предполагаетъ существованіе tutoris gerentis (L. 3 §§ 2, 3 D. 26, 7; L. 4. D. 26 8; L. 49 D. 29, 2). Но если даже допустить, что обязанности опекуна могутъ ограничиваться однимъ auctor. interp., то спрашивается: въ чемъ будетъ заключаться значеніе этой единственной обязанности опекуна. Если auctoritas tut. вообще имѣетъ значеніе соучастія опекуна въ актѣ, какъ формальное требованіе его дѣйствительности, требованіе, имѣющее въ виду оградить пупилла отъ убыточныхъ имущественныхъ послѣдствій его неопытности, обусловленной извѣстнымъ возрастомъ,—то это требованіе не имѣло бы въ данномъ случаѣ никакого значенія, такъ какъ объ вредѣ и убыткахъ тутъ не можетъ быть рѣчи, не можетъ быть рѣчи потому, что пупиллъ огражденъ вполнѣ отъ убытковъ того имущества, котораго

онъ не имѣетъ; обязанности же опекуна поручительскаго характера не носятъ (L. 26 in fin C. 5, 37). Слѣдовательно, ни для пупилла, ни для третьихъ лицъ auctoritas опекуна смысла никакого въ данномъ случаѣ имѣть не будетъ.

Далѣе, мнѣ кажется, что слова Ульпіяна понимаются слишкомъ исключительно. Выше мы говорили, что auctoritatis interpositio есть такое соучастіе опекуна, которое зависитъ почти вполнѣ отъ усмотрѣнія опекуна, такъ какъ онъ же несетъ и отвѣтственность за тѣ или другія послѣдствія акта, полная юридическая сила котораго опредѣляется его соучастіемъ при совершеніи акта (L. 17 D. 26, 8). Мало того, отъ воли опекуна зависѣло, совершить ли актъ самому, или привлечь къ совершенію его пупилла (L. 1 § 2 D. 26, 7). Не трудно замѣтить, что въ послѣднемъ случаѣ, какъ и въ первомъ дѣйствительнымъ аукторомъ будетъ не ребенокъ (какъ думаетъ напр. Рудорфъ 2 стр. 309, 310), произносящій полусознательно (L. 9 D. 29, 2 L. 25 D. 40, 2; L. 5 D. 50, 17) торжественныя слова (напр. L. 5 C. 6, 30; L. 9 § 6; L. 13 D. 26, 8; Ulp. 20 § 15; Fragm. de juris spec. § 15), а опекунъ (см. Cic. pro Caecin. 25; pro Cluent. 5; Liv. 34, 3), опредѣляющій актъ къ совершенію (напр. L. 65 § 3 D. 36, 1) и дающій ему юридическую (см. Пухта Civilist. Abhandlung. Стр. 47; Holzschuher I cap. IV, I) силу. Это подтверждается и исторіею auctorit. interposit. Оно появилось впервые при совершеніи тѣхъ актовъ, формальность которыхъ требовала непремѣнно личнаго участія того, во имя котораго актъ совершался другимъ. А если такъ, то auctoritatis interpositio не составляетъ ничего инаго, какъ извѣстную сторону общаго administrationis bonorum (Cujacius Paratitla in lib. 26 D. tit. 8; Duarenus стр. 403; Günther § 518; Бринцъ и др.). И такъ словами, negotiorum gestio, Ульпіянъ хотѣлъ выразить непосредственное совершеніе актовъ за пупилла, а auctor. interpositione посредственно, т. е. при участіи самаго пупилла,—но въ обоихъ случаяхъ, какъ выраженіе общей administrationis bonorum.

Въ заключеніе мы должны напомнить писателямъ, не соглашающимся съ этими выводами, что свое положеніе они должны уже непремѣнно ограничить однимъ случаемъ опеки по завѣщанію, такъ такъ общепринятое въ литературѣ мнѣніе, что опека по закону составляетъ право опекуна въ виду надежды на полученіе наслѣдства по смерти пупилла intestato (см. ниже)—станетъ въ необъяснимое противорѣчіе съ ихъ общимъ положеніемъ. Опека по закону, говорятъ они, необхо-

торыя только можно допустить по источникамъ, и тѣ предполагаютъ возможность составленія описи. Къ этому прибавимъ, что въ источникахъ нѣтъ ни малѣйшаго намека на случай опеки безъ предварительнаго составленія описи, а напротивъ выраженія источниковъ столь категорично (напр. L. 7 pr. D. 26, 7: tutor qui repertorium non facit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur ....Nihil-gerere ante inventarium factum eum oportet; или L. 24 C. 5, 36: tutores vel curatores mox, quam fuerint ordinati, sub praesentia publicarum personarum, inventarium rerum omnium et instrumentorum solenniter facere curabunt.... См. также L. ult. Cod. Theod. 3, 19; Nov. 94 Epilog.), что не могутъ оставить никакого сомнѣнія. Частныя положенія только подтверждаютъ общее начало. Такъ опекунъ, вступившій въ отправленіе опеки, не составивъ описи опекаемаго имущества, могъ быть не только устраненъ, какъ недобросовѣстный (suspectus), но даже подвергнутъ extra ordinem наказанію (L. 3 §§ 14, 15 D. 26, 10). И такъ, если составленіе описи составляетъ необходимую подготовку къ принятію опеки, то опять таки *опека надъ неимущимъ немыслима.*

Множество и другихъ частныхъ положеній даютъ тотъ же выводъ Такъ напр. древнѣйшій и прежде единственный искъ по опекѣ, actio rationibus distrahendis (L. 55 § 1 D. 26, 7), возможенъ только въ предположеніи, что пупиллъ имѣетъ какое нибудь имущество. Actio rationibus distrahendis былъ искъ, направленный на опекуна, чтобы получить отъ него двойное удовлетвореніе за утраченныя по его винѣ вещи изъ опекаемаго имущества (L. 1 § 19—24; L. 2 D. 27, 3). Или еще: мать освобождалась отъ обязанности просить назначенія опекуновъ къ своимъ несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ (petitio tutoris). когда эти послѣднія не имѣли имущества (L. 2 § 26, 45, 46 D. 38, 17; L. 2. C. 2, 38). Или еще: при отказѣ отъ опеки propter tria onera tutelae in una domo (§ 5 I. 1, 25; L. 3, 4 pr. D. 27, 1; Frag. Vat. §§ 125, 188, 190) вниманіе обращалось не на число пупилловъ, а на *patrimoniorum* separatio (Fr. Vat. § 186; L. 31 § 4 D. 27, 1; Theoph. ad. § 5 I. 1, 25). Или еще: Юстиніанъ (§ 4 I. 1, 20), уполномачивая на назначеніе опекуновъ извѣстныхъ магистратовъ, говоритъ: sed hoc jure utimur, ut Romae quidem praefectus urbi, vel praetor.... tutores crearent, *vel magistratus jussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates,* т. е. пупиллы съ необширнымъ имуществомъ предусмотрѣны (см. т. L. 3 § 6 D. 27, 2), а вовсе неимущіе пупиллы даже и не предполагаются. Такъ еще тотъ же Юстиніанъ

распредѣлилъ между магистратами обязанность назначать опекуновъ по величинѣ имущества пупилла. Если этотъ имѣлъ имущество, не превышающее стоимости 500 солидовъ, то опекуновъ имъ могли назначать и defensores civitatis при участіи епископовъ и другихъ оффиціальныхъ лицъ (L. 30 C. 1, 4; § 5 I. 1, 20),—а объ пупиллахъ неимущихъ опять ни слова, между тѣмъ какъ поводовъ сказать о нихъ представляется на каждомъ шагу. Напротивъ, тѣ случаи, когда пупиллъ мало мальски имущій могъ остаться безъ опекуна, заботливо предусмотрѣны въ Сводѣ, напр. если отецъ liberis naturalibus quid donat aut relinquit не назначалъ опекуна, то опека переходила къ матери этихъ дѣтей (L. 3 C. 5, 35; Nov. 89 C. 14). Но изъ того, что въ вопросѣ объ опекѣ не говорится о неимущихъ сиротахъ еще не слѣдуетъ, чтобы римскіе правители не озаботились объ ихъ призрѣніи. Въ Кодексѣ (L. 32 C. 1, 3) и Новелахъ (Novel. 123 c. 23; Novel. 130 C. 15) помѣщены распоряженія о помѣщеніи ихъ въ пріюты (orphanotrophium), монастыри и прочія богоугодныя заведенія (впрочемъ изъ словъ Эклоги Льва Исаврянина и Констант. Копр. tit. 19, 1 и 2 слѣдуетъ, что въ эти учрежденія помѣщались и имущіе сироты, притомъ особенно потомки высшихъ классовъ), а не объ отдачѣ ихъ подъ опеку частныхъ лицъ. Въ заключеніе приводимъ слова Ульпіяна, опредѣляющаго отношеніе опеки къ государственному праву слѣдующимъ выраженіемъ: ...rei publicae autem nihil, quod ad rem pecuniariam attinet, interest, pupillis tutores dari (L. 2 § 5 D. 50, 1). Не предполагается ли въ этихъ словахъ, что у каждаго пупилла, которому назначается опекунъ, имѣется имущество. Что въ римскомъ правѣ предполагалось само собою, не требовало и опредѣленій, то въ византійскомъ правѣ выразилось прямымъ положеніемъ: Si ab aliquibus relicti pupilli fuerint, et infantes, *qui patrimonium aliquod habent* si quidem parentes eorum decedentes, in scriptis curatorem ipsis reliquerunt, voluntas ipsorum servator (въ перевод. Eclog. IX, 1, 1 ed. Leunclav).

Итакъ опека назначается только къ имущему. Ужь это одно помимо опредѣленій источниками непосредственныхъ отношеній опекуна къ имуществу пупилла (напр. L. 32 § 1; L. 50 D. 29, 7; L. 24 C. 5, 37; L. 3, 4 C. 5, 38) и помимо ссылокъ на тѣ случаи, когда по источникамъ же пупиллъ могъ и не находиться подъ личнымъ вліяніемъ опекуна (D. 27, 2; L. 1, 5 T. Cod. 5, 49), кажется, должно убѣдить, что различать опеку и попечительство фразой: первая относится къ лицу, а второе къ имуществу, въ высшей степени несостоятельно.

Къ тому же въ источникахъ встрѣчаются такія выраженія, которыя прямо въ противность положенію tutor in personam datur, говорятъ объ опекунѣ, qui in rem datus est (L. 4 D. 26, 2).

Мало того, разсматриваемое воззрѣніе невѣрно и въ другой своей части. Такъ обыкновенно говорятъ (напр. Cujacius Parat in L. 26 D. tit. 1; Huber Praelect стр. 73, 74; Günther Princip § 539; Mackeldey § 588), что попечитель назначается только къ управленію имуществомъ (L 8 C. 5, 4: quia curator solam rei familiaris sustinet administrationem; L. 20 D. 23, 2; L. 17 3 § 1 D. 4, 19). Вѣрно одно только, что ни опекунъ, ни попечитель (Montanus стр. 46, Meyer и др.) немыслимы у неимущаго, но чтобы попечитель былъ только простымъ administrator bonorum противорѣчитъ ясному свидѣтельству источниковъ. Такъ попечителя надъ имуществомъ лица подвластнаго L. 13 § 1 D. 26, 1 опредѣляетъ словами.... *magis administrator rerum, quam curator esse* intelligitur (см. L. 8 § 1 C. 6, 61. Novel. 117 cap. 1). Слѣдовательно обязанности попечителя обыкновенно шире, чѣмъ обязанности простаго администратора. Такъ попечителемъ называется и такое лицо, которое съ administratio bonorum въ тѣсномъ смыслѣ вовсе не имѣетъ дѣла, а именно curator specialis въ случаѣ судебнаго спора между опекуномъ и пупилломъ (§ 3 I. 1, 21). Наконецъ, если ссылаются на опредѣленіе опеки Сервіемъ Сульпиціемъ: tutela est vis ac *potestas in capite libero* (L. 1 pr. D. 26, 1; Haimberger § 155), то даже въ предположеніи теоретической его вѣрности, оно не можетъ быть выставлено въ доказательство разсматриваемаго воззрѣнія на опеку въ отличіе отъ попечительства, такъ какъ совершенно тѣже выраженія употребляются источниками и для опредѣленія попечительства: Si furiosus est, agnatorum... *in eo* pecuniaque ejus *potestas esto* (Cic. de inventione 2, 50). Desinit esse *in potestate curatorum*) L. 1 pr. D. 27, 10) и др.

Несмотря на всю очевидную несостоятельность разсмотрѣннаго различенія опеки и попечительства въ существенномъ его держались вплоть до появленія монографій Лёра (Magaz. 3 стр. 15 и слѣд.) и Савиньи (Vom Beruf стр. 103 и 104). Но такъ какъ опредѣленіе назначенія опеки въ отличіе отъ назначенія попечительства однимъ отношеніемъ къ лицу пупилла слишкомъ очевидно противорѣчило частнымъ положеніямъ источниковъ, то разсмотрѣнное различеніе только нѣсколько смягчили, а именно, начиная съ Хелльфельда [1])

[1]) Правда, въ этой формѣ мысль высказывалась и раньше (см. напр.

различіе между опекой и попечительствомъ формулировали въ слѣдующей фразѣ: ipsa vero tutela consistit in defensione personae pupilli principaliter, et secundario in defensione bonorum pupillarium (см. Hellfeld Iurisprudent. forens. § 1298; Peregrinus Manuduct. л. 1 стр. 180; Bachovius Institut. стр. 127; Mynsingerus Scholia ad Inst. стр. 131; Lyncker § 9 стр. 22; Wiesner § 21; Montanus § 46; Mühlenbruch Doctrina Pand. § 328; Wening-Ingenheim § 403 и др.), а попечительство наоборотъ состояло только in defensione bonorum pupillarium. Въ доказательство опять приводили извѣстное опредѣленіе опеки юристомъ Сервіемъ, поставленное редакторами Юстиніанова. Свода во главѣ ученія опеки и перешедшее даже въ Василики (Βασ. 1 37. 1): tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa (L. pr. D. de tutel. 26, 1). Затѣмъ какъ на выводъ изъ этого общаго опредѣленія ссылались на слѣдующія частныя положенія, содержаніе которыхъ съ перваго взгляда очевидно вполнѣ оправдывало интерпретацію опредѣленія Сервія въ смыслѣ разсматриваемаго воззрѣнія: L. 12-15 D. de testam. tut, (26, 2): certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus (L. 13); et si datus fuerit, tota datio nihil valebit (L. 14), *quia personae, non rei vel causae datur*. Это же положеніе повторено и въ § 4 I. qui testam. tut. dar. poss. 1, 14: certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur (Theoph. ibid.). Затѣмъ ссылались и на подобное выраженіе: tutoris praecipuum est officium ne indefensum pupillum relinquat (L. 30 D. 26, 7). Соотвѣтственно содержанію этихъ ссылокъ для попечительства находили въ источникахъ такія выраженія: curator enim et ad certam causam dari potest (§ 2 I. de curat. 1, 23); а соотвѣтствующее этому положенію общее положеніе находили въ словахъ уже выше цитированныхъ: curator... solam rei familiaris sustinet administrationem (L. 8 C. 5, 4).

Провѣрку даннаго воззрѣнія начинаемъ съ общаго положенія: принадлежитъ ли къ обязанностямъ опекуна забота о лицѣ пупилла и 2) если забота эта дѣйствительно принадлежитъ (всегда или только въ частныхъ случаяхъ) къ его обязанностямъ, то въ какой степени можно этотъ признакъ выставить отличительнымъ признакомъ опеки? Затѣмъ

Duarenus стр. 400; Faber Jurispr. Pap. Scient. стр. 682), но Хелльфельду она обязана своимъ распространеніемъ до полнаго господства.

уже въ связи съ рѣшеніемъ общаго вопроса провѣримъ интерпретацію цитированныхъ частныхъ положеній.

Вопросъ объ отношеніи опекуна къ лицу пупилла въ общемъ разрѣшается безспорно. Разсматривая опеку, какъ цѣльный институтъ, мы не можемъ допустить, чтобы одинъ какой-нибудь видъ ея не представлялъ характеристичныхъ чертъ. А между тѣмъ tutela sexus не допускаетъ никакихъ отношеній опекуна къ лицу опекаемой. Чтобы не оставить никакого сомнѣнія въ томъ, что къ обязанностямъ опекуна даже надъ несовершеннолѣтними не принадлежитъ непремѣнно забота о лицѣ пупилла и что поэтому различіе опеки отъ попечительства, построенное на этомъ признакѣ, невѣрно, остановимся нѣсколько на данномъ вопросѣ.

Какія дѣйствія подходятъ подъ понятіе заботы о лицѣ опекаемаго? Въ каждомъ индивидѣ различаемъ физическую и духовную стороны, составляющія вмѣстѣ то, что мы разумѣемъ въ неюридическомъ смыслѣ лицемъ. Заботу о физической природѣ составитъ во-первыхъ заботу о физическомъ развитіи, подъ что подходитъ и медицинская помощь, а вовторыхъ забота о пищѣ, одеждѣ, жилищѣ (см. L. 1 § 8 D. 26,1; L. 38 in fin D. 10,2; L. 3 C. Th. L. 2 2 C. 5, 37; L. 3 § 2 D. 27,2), т. е. однимъ словомъ то, что мы разумѣемъ подъ именемъ содержанія. Римляне выражали это понятіе словомъ alimenta (L. 6. L. 23 D. 34, 1) или victus (L. 43; L. 44; L. 234 § 2 D. 50,16). Заботу о духовной природѣ составитъ воспитаніе въ обширномъ смыслѣ [1]).

Заботиться о тѣлесномъ развитіи и проч. индивида составляетъ обязанность того лица, въ непосредственномъ отношеніи къ которому будетъ стоять этотъ индивидъ, а такъ какъ множество положеній источниковъ говорятъ только о такихъ случаяхъ, когда опекунъ не будетъ въ подобномъ отношеніи къ пупиллу (см. Dig ubi pupil. ed. v. m. 27,2; C. 5,49), то уже поэтому одному въ принципѣ эта забота должна быть снята съ него.

Заботиться о содержаніи даннаго индивида значитъ поставить отъ своей личной воли такое или другое примѣненіе извѣстныхъ средствъ содержанія къ потребностямъ этого индивида, безразлично кому эти средства принадлежатъ. Слѣдовательно, одно представленіе

---

[1]) Нѣкоторыми писателями (напр. *Voet* Comment. ad. 25, 3 § 4) и это понятіе подводилось подъ опредѣленіе словомъ alimenta, но совершенно неосновательно, какъ это слѣдуетъ съ перваго взгляда изъ срав. L. 234 § 2 D. 50, 16 съ L. 6 D. de aliment. vel. cibar. legat. 34, 1.

средствъ не составляетъ еще самого содержанія. Обязанности опекуна въ данномъ случаѣ опредѣляются Римскими юристами словами:.... ea, quae ad victum necessaria sunt, praestare L. 13 § 2 D. 26,7. Примѣняя это положеніе къ опекѣ, мы увидимъ, что опекуну будетъ принадлежать забота о содержаніи опекаемаго только тогда, когда онъ обязанъ и въ состояніи будетъ всегда лично относиться къ опекаемому, или вліять своимъ согласіемъ на распоряженіе другихъ въ этомъ отношеніи.

Но такъ какъ опекаемый могъ и не жить у опекуна (см. D. 27,2 Ubi pupillus educari vel morari debeat etc.), и съ другой стороны этотъ послѣдній не имѣлъ права вмѣшиваться въ распоряженіе матери, родственника, у которыхъ опекаемый могъ жить, то заботу о содержаніи въ общемъ мы и слагаемъ съ него. Положительныя доказательства противнаго находили (*Huber* Praelectionum jur. civ. стр. 53) въ одномъ словѣ опредѣленія опеки Сервіемъ: tuendum. Дѣйствительно, слово tueri въ источникахъ часто означаетъ и предоставленіе средствъ къ жизни (L. 21 pr. D. de in rem vers. 15,3; *Sueton* in Iul. c. 86); но вопервыхъ Сервій самъ опредѣляетъ смыслъ словъ ad tuendum еще слѣдующими за тѣмъ словами: qui per aetatem se ipsum *defendere* nequit: Слѣдовательно содержаніе tuere будетъ не alere, а defendere. Во вторыхъ слово tueri въ тѣхъ же источникахъ опредѣляетъ обязанности только къ имуществу..... *tuerentur bona* (L. 1 pr. D. 26,4 см. Theoph. ad § 2 I. 1, 13). Въ третьихъ даже если бы слово tueri обозначало обязанность содержать опекаемаго, какъ нѣкоторые писатели (напр. *Wening* § 116, 158, *Mühlenbruch* Doctrina § 328) думали на основаніи того, что опекуна обязанность была предоставлять изъ имущества опекаемаго средства къ его содержанію и что даже размѣръ этихъ выдачъ зависѣлъ также иногда отъ него же, то согласиться съ этимъ нельзя никакимъ образомъ. Если я собственнику возвращаю его собственность, то никто, разумѣется, не скажетъ, что я содержу его (см. рѣшеніе Павла L. 34 D. 3,5). Опекуна роль ограничивалась даже однимъ только исполненіемъ постановленія претора о размѣрѣ выдачъ средствъ на содержаніе опекаемаго изъ его имущества (L. 3 pr. L. 4 D. 27,2; L. 1, 2 C 5,50; L. 38 D. 10,2; L. 33 § 3 D. 26, 7). Личной оцѣнки опекуна не допускалось. Онъ обязанъ былъ представить опись опекаемаго имущества (L. 3 § 1,4 D. 27, 2; L. 2 C. 5, 50; L. 7 § 8 D. 26,7; L. 3 § 15 D. 26, 10) и уже другіе (см. о consilium necessarium у *Klenze* (Zeitschr. f. gesech. R. W. L.

VI стр. 74—76) опредѣляли, сколько могло идти на содержаніе пупилла, сообразно величинѣ имущества (L. 2 C. 5, 50) и состоянію. Этимъ опредѣленіемъ опекунъ обязывался только точнымъ исполненіемъ его. Такъ если бы напр. преторъ утвердилъ волю отца о расходахъ сына наслѣдника, то опекунъ не имѣетъ права уменьшить эти расходы, еслибы даже они далеко превосходили доходы съ имущества (L. 2 § 3 D. 27,2;... Impatubitur ei cur non adito Praetore desiderarit alimenta minui L. 3 § 6 D. eod.). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда опубликованіе имущества малолѣтняго можетъ повредить его интересу, опять таки опекунъ связывается постановленіемъ другихъ о размѣрѣ выдачъ на содержаніе пупилла уже безъ отношенія къ его имуществу (L. 2 pr. §§ 1, 2 D. 27, 2), и опекунъ опять обязанъ былъ безпрекословно исполнить это постановленіе, хотя бы доходовъ и не хватало, а пришлось затратить и капиталъ. Приличное состоянію (pro dignitate natalium L. 12 § 3 D. 26, 7) воспитаніе считалось Римлянами выше всѣхъ матеріальныхъ средствъ (L. 3 § 3 D. eod. *Voet* ad h. t. § 2). Вообще даже въ тѣхъ случаяхъ, когда по источникамъ, въ противность сказанному, дозволяется опекуну безъ предварительнаго декрета претора или arbitrium judicis дѣлать выдачи на содержаніе опекаемаго, всегда онъ связывается размѣромъ имущества (L. 3 § 1 D. eod.; L. 2 § 2 D. eod.), а въ позднѣйшія времена даже въ порядкѣ извлеченія этихъ средствъ изъ имущества (Конституція Аркадія и Гонорія стр. 396 г. L. 6 § 1 C. Th, de adm. L. 24 C. 5, 37). Въ этихъ случаяхъ опекунъ разсматривался какъ negotiorum gestor (*Zöpfl* стр. 21) и потому несъ отвѣтственность за тѣ излишніе расходы, которые не согласны будутъ съ будущимъ опредѣленіемъ властей.

И такъ однимъ словомъ мы видимъ, что личнаго отношенія опекунъ къ пупиллу по содержанію не имѣетъ, такъ какъ роль его ограничивается или буквальнымъ исполненіемъ опредѣленій другихъ по этому вопросу, или если произведетъ выдачу средствъ содержанія самъ безъ этого предварительнаго опредѣленія, то и обязанность его и отвѣтственность (*Рудорфъ* II стр. 258 и 259) будутъ касаться одного только пункта: соразмѣрно ли величинѣ имущества производились эти выдачи. Отчего даже и не требуется непремѣнно личной дѣятельности опекуна; достаточно если кто-нибудь другой распорядится выдачею изъ имущества опекаемаго (L. 6 D. 27, 2; L. 7 § 2, 3 D. 26, 10).

И такъ заботою о лицѣ опекаемаго нельзя назвать дѣятельность

опекуна, регулированную однимъ отношеніемъ къ имуществу. Впрочемъ если бы даже предположить, что дѣйствительно источниками предоставляется опекунамъ забота о содержаніи пупилла, то все таки на общее различіе опеки отъ попечительства это рѣшеніе вопроса, какъ и всякое другое, вліянія имѣть не можетъ, такъ какъ одни и тѣже опредѣленія источниковъ касаются обоихъ институтовъ (см. L. 1 pr.; L. 3 pr. § 5 D. 27, 2; L. 1 § 19 D. 37, 9; L. 2 C. 5, 50; L. 38 D. 10, 2 и друг.).

Переходимъ теперъ къ вопросу: имѣетъ ли опекунъ своею обязанностью заботиться о воспитаніи опекаемаго? Подъ словомъ воспитаніе въ самомъ обширномъ смыслѣ можно понимать не только заботу о развитіи индивида въ извѣстномъ направленіи, но и все то, что мы отнесли къ понятію о содержаніи лица, а именно: пища, одежда, вознагражденіе учителямъ и т. д. (Такъ опредѣляетъ понятіе воспитанія *Domat* Oeuvres ed. Remy 1835 г. т. 1 стр. 413). Въ менѣе обширномъ смыслѣ подъ воспитаніемъ разумѣется забота не только о нравственномъ развитіи, но и предоставленіе средствъ для этого развитія (cura educationis (H. Donell. Com. L. III C. XII § 4; *Gesterding* § 2; *Keller* § 436). Впрочемъ предоставленіе средствъ воспитанія само по себѣ не составляетъ самаго воспитанія. Подъ воспитаніемъ въ техническомъ смыслѣ разумѣется во первыхъ дѣятельность, направленная къ развитію въ индивидѣ душевныхъ его качествъ, а во вторыхъ самый результатъ этого развитія. Мы говоримъ о воспитаніи въ первомъ смыслѣ.

И такъ принадлежитъ ли къ обязанностямъ опекуна воспитывать пупилла?

Въ литературѣ мы встрѣчаемъ діаметрально противоположные отвѣты. Въ общемъ утвердительный отвѣтъ для всѣхъ видовъ опеки невѣренъ уже потому, что tutela sexus исключаетъ положительно всякую заботу опекуна о личности опекаемой (*Ulp.* XI § 25, *Löhr* § 5; *Rudorff* I стр. 47; *Vangerow* I стр. 559). Слѣдовательно остается разсмотрѣть этотъ вопросъ по отношенію къ tutela impuberum (Мы имѣемъ двѣ монографіи, спеціально посвященныя этому вопросу и притомъ съ противоположными другъ другу взглядами: *Burchardi*, das gemeinrehtliche Erziehungsrecht (Archiv für die civilist. Praxis L. VIII Nar. VIII) и *Gesterding*: Von der Sorge für die Person und die Erziehung des Mündels, ingleichen von Ort seines Aufenthalts (Ausbeute und Nach. B. 6 Theil 2 N. 1, 1838 г.). До монографіи Савиньи: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechts-

wissenschaft (3 Auf. Heideb. 1840), утвердительный отвѣтъ былъ на столько общъ (Кромѣ приведенныхъ ссылокъ у Рудорфа I стр. 46 см. *Lyncker* § 9 S. 22 Voet Comm. ad. L. 26 tit. VII, 6; Heineccius Elementa § 203; Höpfner Comment. стр. 208, 212; Wening стр. 406; Ortolan Explicat. hist. L. 1 Tit. XIII; Виндшейдъ § 526; Синтенисъ § 145, 3 и др.), что вошелъ даже въ Австрійское законодательство (Савиньи стр. 104). Но аргументы Савиньи, формулированные въ нѣсколькихъ строчкахъ, оказались на столько вѣски, что противное мнѣніе теперь господствующее (см. напр. Глюкъ § 1359; Zimmern § 232 стр. 865; Thibaut изд. 6, I § 520; Rein стр. 244; Лёръ § 5; Zöpfl § 4; Göschen § 755; Бринцъ стр. 1314; Esmarsch § 516 и др.).

Ужь изъ одной категоричной противоположности отвѣтовъ ясно, что источники не даютъ никакихъ положительныхъ указаній. Споръ основывается главнымъ образомъ на выводахъ той или другой интерпретаціи общей фразы: «tutor datur personae, non rei vel causae» (§ 4 I. (I, 14) L. 12—15 D. (26, 2)). Мы же думаемъ, что вѣрнѣйшимъ путемъ къ разъясненію дѣла будетъ путь интерпретаціи частныхъ доказательствъ, приводимыхъ обѣими сторонами въ подтвержденіе такого или другаго пониманія этой фразы.

Прежде всего должно замѣтить, что положительнаго запрещенія опекуну быть въ то же время воспитателемъ опекаемаго нигдѣ въ источникахъ не встрѣчается (*Глюкъ* 30 стр. 217. *Gesterding* § 2; *Burchardi* стр. 164); слѣдовательно рѣшить данный вопросъ можно, указывая только на то, кто былъ по источникамъ законный воспитатель малолѣтняго сироты. Если отецъ умиралъ, не назначивъ въ завѣщаніи воспитателя своимъ наслѣдникамъ (L. 7, 21 § 4 D. 33, 1; L. 15 D. 34, 1; Cic. in Verr. 1, 58), или назначенный по личнымъ своимъ качествамъ не былъ утвержденъ преторомъ (L. 7 D. h. t. L. 10 D. 26, 3: Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum), то воспитаніе переходило къ матери: educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum committenda est) рескриптъ Александра L. 1 C. 5, 49 см. также Liv. 39, 9; Sen. consol. ad Marc. 24; Cic. de Verr. I, 36, 58; Horat. Epist. I,1,21, 22; Novel. 22 cap. 38). Если не было матери, то воспитаніе пупилла переходило къ прочимъ его родственникамъ и по всей вѣроятности, съ предпочтеніемъ ближайшаго по степени см. L. 1 § 2 D. 27, 2; L. 2 C. 5, 49. Собственно въ послѣднихъ ссылкахъ положительно о послѣдовательности, въ которой обязыва-
с

лись родственники принимать на себя воспитаніе, не говорится (см. напр. Пухта Vorlesung. § 347), а говорится только о томъ, что воспитателями *могутъ быть* и родственники. Вотъ всѣ доказательства за господствующее мнѣніе, что воспитаніе пупилла принадлежитъ не опекуну, а другимъ лицамъ только подъ надзоромъ претора. За основаніе подобнаго положенія сколько мнѣ извѣстно (см. Burchardi стр. 164), приводится только одно стеченіе въ лицѣ опекуна извѣстной власти надъ пупилломъ и надежды, какъ ближайшаго его наслѣдника, получить по его смерти наслѣдство (L. 1 pr. D. 25, 4 см. Рудорфъ 2 стр. 251. Глюкъ 32 стр. 157. Holzschuher 1 cap. IV и др.). Тутъ видѣли опасность для жизни пупилла поручить его воспитаніе лицу, заинтересованному въ его смерти. Подкрѣпляли это воззрѣніе словами рескрипта Діоклетіана и Максиміана (L. 2 C. 5. 49): utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et *qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior est*, aestimabitur (L. 1 § 1 in fin. D. 27, 2). Что цитированный фрагментъ не выражаетъ того общаго правила, будто надежда на полученіе наслѣдства отъ пупилла служила непремѣннымъ условіемъ устраненія отъ его воспитанія лица, имѣющаго эту надежду (см. Zöpfl стр. 17), положительно подтверждается фрагментомъ изъ Дигестъ (L. 1 § 1 D. 27, 2) [1]: Et solet *ex persona*, ex conditione, et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit, et nonnunquam a voluntate patris recedit Praetor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur, Imperator severus rescripsit, Praetorem aestimare debere, praesentibus ceteris propinquis liberorum. *Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur*. Даже если явно обозначенный будущій наслѣдникъ пупилла будетъ назначенъ въ завѣщаніи его опекуномъ, то и тогда преторъ прямо не устраняетъ его отъ воспитанія пупилла, а только предварительно при совѣщаніи съ прочими родственниками изслѣдуетъ: не подвергается ли какой опасности пупиллъ при непосредственномъ отношеніи къ нему даннаго лица. И если опасности никакой не предвидится, то преторъ можетъ опекуна и оставить воспитателемъ (см. Leyser Meditationes ad Pandect. v. 5 стр. 412). Итакъ не право наслѣдованія, а личныя качества опекуна могутъ быть причиной раз-

[1]) Впрочемъ несмотря на всю ясность словъ этого фрагмента въ литературѣ можно иногда встрѣтить ссылку на него въ подтвержденіе оспариваемаго воззрѣнія (см. напр. Heimbach 13 стр. 813 not. 2323.

дѣленія воспитательскихъ и опекунскихъ обязанностей, точно также какъ въ случаяхъ безнравственной жизни матери она лишается права заботиться о воспитаніи своего ребенка (L. 5, D. 27, 2; L. 3 C. 5, 35 см. Voet. Comment. ad. D. 27, 2 § 1). Слѣдовательно, все зависитъ отъ усмотрѣнія претора, которымъ долженъ руководить интересъ пупилла при выборѣ воспитателя не по близости родства и т. д. а по личнымъ его качествамъ. Отсюда же прямо слѣдуетъ, что опредѣлять общимъ положеніемъ, какія лица будутъ опасны для жизни или нравственности пупилла, невозможно [1]).

Далѣе, по L. 1 pr. D. 26, 4 законными опекунами несовершеннолѣтняго будутъ ближайшіе его родственники: опека передается по степенямъ близости родства. Спрашивается: можно ли положительными данными подтвердить положеніе о преимущественной обязанности когнатовъ, свойственниковъ и вольноотпущенныхъ воспитывать пупилла (см. напр. Рудорфъ 2, стр. 253; Heimbach 13 стр. 813 и друг.)? Всѣ ссылки, приводимыя въ доказательство этого положенія, не имѣютъ его смысла. Такъ напр. L. 1 § 2, D. 27, 2: quamvis autem Praetor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen quaestionis est, an debeat etiam invitum cogere, utputa libertum, *parentem, vel quem alium de affinibus cognatisve*..... Спрашивается: намекается ли тутъ хотя однимъ словомъ о воспитаніи пупилла преимущественно когнатами и т. д.? Напротивъ слово «parentem» противополагается («vel» или по другому чтенію «et») словамъ «quem al. d. aff. cog.» Слѣдовательно, изъ чтенія фрагмента можно вывести только, что родственники, какъ агнаты, такъ и когнаты, свойственники и отпущенники могли быть принуждены преторомъ принять на себя заботу о воспитаніи несовершеннолѣтняго, а въ какой послѣдовательности призывались они къ отправленію этой обязанности, объ этомъ тутъ нѣтъ ни слова. Точно также и другія ссылки (Cod. Th. 9, 13 de emendatione propinquorum и Cod. Th. 9, 15 de parricidio) ни слова не говорятъ и даже не намекаютъ на эту послѣдовательность.

---

[1]) Прежде (см. напр. Vinnius Comm. in Inst. стр. 100; Schalting стр. 62 not 5; Wiesner § 425) полагали, что разсмотрѣнное основаніе служило поводомъ въ древней Греціи къ устраненію ближайшихъ родственниковъ даже отъ опеки. Ссылались обыкновенно только на Diog. Laert. 1, 56; но такъ какъ его совершенно ясное свидѣтельство не подтверждается другими источниками (см. Рудорфъ 1 стр. 209 прим. 6), то въ новѣйшей литературѣ оставляютъ его безъ вниманія (см. Meyer u. Schömann. Att. Process стр. 446—448).

На раздѣленіе воспитательскихъ и опекунскихъ обязанностей между различными лицами въ смыслѣ общаго положенія также мало указываютъ и частные примѣры. Такъ, примѣръ воспитанія матерью вопервыхъ противорѣчитъ общему основанію воззрѣнія Савиньи, а во вторыхъ объясняется помимо всѣхъ мотивовъ этого воззрѣнія. По Sctum Tertullianum (Inst. 3, 3) мать уже имѣла участіе въ наслѣдованіи дѣтямъ своимъ. Въ силу же вышеприведенной интерпретаціи общей L. 2 C. 5, 49, основаніе устраненія матери отъ воспитанія было на лицо. Если же мать допускалась къ воспитанію, то, значитъ, основаніе это игнорировалось. На первомъ планѣ становилась естественная любовь (φύσεως ἔρως εὐσεβής περὶ τοὺς παῖδας Nov. 94 cap. 1), гарантировавшая пупиллу лучшее и болѣе заботливое воспитаніе. Мать исключалась отъ опеки, какъ юридической дѣятельности, положительнымъ закономъ (L. 16, 18 D. 26, 1), но не отъ естественныхъ обязанностей, которыя оставались за нею и тогда, когда не требовалось назначенія опеки, хотя и подъ преобладающимъ вліяніемъ отца. Она не освобождалась отъ этихъ обязанностей и въ томъ случаѣ, когда дитя ея, усыновленное кѣмъ нибудь, оставалось сиротою по смерти усыновителя. Не жена усыновителя, а кровная мать призывалась къ воспитанію ребенка (L. 10 § 1 C. 8, 48). Основаніе подобныхъ обязанностей матери, естественное предположеніе любви, а потому и большей заботливости, общее со всѣми ближайшими родственниками пупилла. Поэтому мы не можемъ допустить основанія, а слѣдовательно и всего критикуемаго положенія, какъ общаго начала римскаго права. Даютъ намъ право на такое заключеніе и тѣ положительные примѣры, которые защитниками разсматриваемаго воззрѣнія опредѣляются словомъ «исключенія». Плохая же конструировка фактовъ въ общія начала, допускающая столько исключеній!

1) Юстиніанъ далъ матери право законной опеки общимъ правиломъ Nov. 118 c. 5, а такъ какъ въ тоже время не запрещалось ей и воспитывать своихъ дѣтей, то, значитъ, опека и воспитаніе сливались въ одномъ лицѣ.

2) Воспитаніе усыновленнаго по смерти усыновителя принадлежитъ родной матери (L. 10 § 1 C. 8, 48), а въ случаѣ, если она еще живетъ съ роднымъ отцомъ усыновленнаго, то этому послѣднему, такъ какъ по L. 1 C. 5, 49 отъ воспитанія устраняется мать только если вступитъ въ другой бракъ (vitricum liberis inducere Nov. 22 cap. 38). Со смертью же усыновителя усыновленный становится sui juris, слѣдовательно въ случаѣ его несовершеннолѣтія опекуномъ по закону

будетъ тотъ же родной отецъ. Значитъ, выходитъ, что опекунскія и воспитательскія обязанности опять сольются въ одномъ лицѣ.

3) Наконецъ, третій примѣръ составитъ случай эманципаціи сына. Отецъ былъ законнымъ опекуномъ эманципированнаго (tit. I. 1, 18). а воспитаніе отнять отъ него въ пользу матери не рѣшаются даже сторонники воззрѣнія Савиньи (см. о всѣхъ трехъ случаяхъ у Бурхарди cit. Глюкъ 30 § 1332).

И такъ всѣ эти какъ бы исключенія подтверждаютъ только противное мнѣніе, что воспитаніе пупилла могло принадлежать къ обязанностямъ и опекуна [1]). Что эти случаи въ общемъ не могутъ быть причислены къ исключеніямъ, будетъ слѣдовать ужь изъ того, что обмотивировать этихъ исключеній нельзя ничѣмъ. Основаніе раздѣленія опекунскихъ и воспитательскихъ обязанностей можетъ весьма легко оказаться въ частномъ случаѣ упомянутыхъ общихъ якобы исключеній. Опасеніе, которое служитъ исходнымъ пунктомъ разсматриваемой теоріи, можетъ въ равной степени относиться и къ матери, а тѣмъ болѣе къ отцу ребенка, усыновленнаго чужомъ. Гдѣ чувство родственной любви такъ слабо, что допускаетъ усыновленіе при живыхъ родителяхъ, тамъ опасность за жизнь возвратившагося домой, иной разъ богатаго пупилла, не можетъ быть меньше таковой же опасности, напр. отъ брата и т. д.

Но самымъ сильнымъ возраженіемъ общему началу Савиньи будетъ одинъ вопросъ практики, на который отвѣтъ далъ одинъ только Бурхарди. Остается пупиллъ безъ родныхъ за исключеніемъ, положимъ, одного родственника, къ которому и переходитъ опека по закону. Спрашивается: остается ли за нимъ и воспитаніе пупилла? Савиньи. Лёръ и др. проходятъ этотъ щекотливый вопросъ молчаніемъ, одинъ Бурхарди (а за нимъ Глюкъ 32 стр. 161; Рудорфъ 2, стр. 254: Heimbach 13 стр. 814 и др.) смѣло высказываетъ такое положеніе: если нѣтъ родственниковъ, то воспитаніе переходитъ къ добропорядочнымъ постороннимъ лицамъ, т. е., придерживаясь теоріи раздѣленія, опеку мы предоставимъ родственнику, а воспитаніе совсѣмъ чужому человѣку. Ссылается Бурхарди [2]) на такіе фрагменты, которые, кажется, приведены съ тѣмъ, чтобы безъ провѣрки быть принятыми на

---

[1]) У Цицерона упоминается одинъ такой примѣръ. Опекуны надъ несовершеннолѣтнимъ Лукулломъ заботились и о воспитаніи его (Cic. de fin. 3, 2).

[2]) Другіе писатели этого воззрѣнія ссылаются обыкновенно только на Бурхарди.

вѣру. Первый изъ нихъ L. 5 D. 27, 2 говоритъ о разборѣ преторомъ спора, кому принадлежитъ воспитаніе пупилла и небольшое наставленіе о способѣ рѣшенія спора. Спрашивается: можно ли допустить, чтобы посторонніе люди подняли споръ о воспитаніи чужаго имъ ребенка и станетъ ли преторъ рѣшать между ними споръ. Второй фрагментъ и вовсе не имѣетъ никакого отношенія къ опекѣ L. 3 § 6 D. 43, 30. Другіе же фрагменты, приводимые уже Рудорфомъ (2 стр. 254 п. 25) въ дополненіе къ ссылкамъ Бурхарди не говорятъ ни въ пользу положенія, ни противъ него. Такъ, L. 132 pr. D. 45, 1 говоритъ о содержаніи извѣстныхъ лицъ по предварительному уговору; L. 3 § 4 D. 48, 29 говоритъ о retentio hominis liberi, но какая будетъ causa retinendi объ этомъ нѣтъ ни слова. Въ томъ же родѣ будетъ содержаніе и L. 1 § 3 D. 37, 15; L. 17 C. 9, 1.

Итакъ положительнымъ свидѣтельствомъ источниковъ вопросъ не рѣшенъ, а логическихъ основаній рѣшенія въ смыслѣ разсматриваемой теоріи привести нельзя.

Должно быть все сказанное противъ теоріи раздѣленія опекунскихъ и воспитательскихъ обязанностей, какъ общаго правила римскаго права, заставило другихъ писателей выставить такое начало: хотя воспитаніе обыкновенно и не принадлежитъ къ обязанностямъ опекуна, но онъ зато обязанъ всегда наблюдать за тѣмъ, чтобы пупиллу дано было воспитаніе нравственное и соотвѣтствующее его состоянію (cura educationis. См. Azo Summa in lib. V Cod. de admin. tut. 6; Donellus Comm. L. 3 C. 12 § 4; Duarenus стр. 400; Montanus стр. 45; Gesterding § 2; Göschen § 755; Келлеръ § 436 и др.). И этого начала мы не можемъ приписать римскому праву, такъ какъ уже въ самомъ его опредѣленіи логическое противорѣчіе. Въ заботѣ о томъ, чтобы другой былъ воспитанъ, и состоитъ обязанность воспитателя, такъ какъ необходимымъ условіемъ воспитанія не будетъ личное ученіе лицъ, отвѣтственныхъ за воспитаніе ввѣренныхъ ему лицъ, какъ это ясно выражено и самими источниками. Воспитывается пупиллъ у такихъ-то, а учатъ его praeceptores (см. Dig. 27, 2 и затѣмъ L. 12 § 3 D. 26, 7). Кромѣ того и содержаніе ссылокъ не соотвѣтствуетъ разсматриваемому воззрѣнію. Фрагментъ, на которомъ исключительно построено воззрѣніе, читается: quum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam *moribus pupilli praeponatur*, in primis mercedes praeceptoribis, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet: alimenta servis, libertisque, nonnunquam etiam extraneis, si hoc pupillo expediet, praestabit solemnia

munera parentibus cognatisque mittet (L. 12 § 3 D. 26, 7; L. 1 § 2, 4, 5 D. 27, 3). Яснѣе содержанія этого фрагмента, кажется и быть ничего не можетъ. Опекунъ приставляется не только къ управленію имуществомъ пупилла, но на немъ же лежитъ обязанность выполнять и всѣ нравственныя обязанности опекаемаго, а именно: выплачивать жалованье учителямъ, алиментировать рабовъ, вольноотпущенныхъ и дѣлать подарки на торжественные случаи его родственникамъ. О cura educationis, какъ видите, ни слова. Если же въ уплатѣ учителямъ жалованья видятъ это cura, то вѣдь не надо забывать, что уплачиваетъ его не опекунъ, а самъ пупиллъ, изъ своего имущества, но только чрезъ посредство опекуна, которому предоставляется и то не безусловно иногда право соразмѣрять количество выплатъ съ доходностью имущества (pro facultate patrimonii), а не съ качествомъ воспитанія. Наконецъ, слова «tutor moribus pupilli praeponatur» не значатъ, что опекунъ обязанъ наблюдать за нравственностью пупилла, а какъ видно изъ объясненія этихъ словъ въ томъ же фрагментѣ (in primis), они касались выполненія опекуномъ нравственныхъ обязанностей пупилла (Brinz стр. 1314).

Въ результатѣ же всего сказаннаго очевидно, что общимъ положеніемъ римск. права раздѣленіе опекунскихъ и воспитательскихъ обязанностей между различными лицами не признавалось. Но съ другой стороны признанію за общее правило соединеніе обоихъ въ лицѣ опекуна противорѣчитъ множество положительныхъ примѣровъ противнаго. Остается, значитъ, сдѣлать такое заключеніе, что въ римскомъ правѣ общимъ началомъ не представлялась забота о воспитаніи тѣмъ или другимъ лицамъ, а предоставлялось или даже вмѣнялось въ обязанность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ претору (L. 5 D. 27, 2; L. 7 D. 33, 1) по совѣту съ родственниками (propinqui Th. Cod. 9, 13 и 15) пупилла назначить къ нему воспитателемъ лицо, за которымъ всего болѣе будетъ предположенія въ добросовѣстномъ исполненіи этой обязанности. По усмотрѣнію слѣдовательно претора въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ воспитаніе пупилла можетъ быть предоставлено опекуну или постороннему лицу. Этому разсужденію не противорѣчатъ и вышеприведенные примѣры въ качествѣ мнимыхъ исключеній изъ теоріи раздѣленія, такъ какъ преторъ и въ подобныхъ случаяхъ не стѣснялся лишить опекуна заботы о воспитаніи пупилла. Такъ напр. лишался ея отецъ, если онъ принуждался въ наказаніе къ эманципаціи сына (L. 5 D. 37, 12), или терялъ ipso jure опять таки въ наказаніе patriam potestatem надъ дѣтьми (L. 12

C. 1, 4; L. 2; L. 3 C. 8, 52; Nov. 153). Тоже самое—и въ случаѣ безнравственной жизни матери и т. д.

Общимъ правиломъ, подкрѣпляющимъ наше разсужденіе, могутъ служить слѣдующія слова источниковъ:... ubi morari, velubi educari pupillum oporteat, *causa cognita id Praesidem statuere oportebit. Jn causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitias impuberis possunt insidiari* (L. 5 D. 27, 2)

Примѣняя сказанное къ разсматриваемой теоріи различенія опеки и попечительства, мы должны признать эту теорію за окончательно несостоятельную. Кромѣ того, что нѣкоторые виды опеки положительно исключаютъ всякое отношеніе опекуна къ лицу пупилла (наприм. опека надъ женщинами и т. н. tutela honoraria) въ частныхъ случаяхъ непосредственнаго отношенія къ лицу пупилла можетъ быть лишенъ вообще всякій опекунъ. Такъ напр. въ случаѣ раздѣленія опеки (tutela divisa) между нѣсколькими лицами по отдѣльнымъ частямъ опекаемаго имущества, опекунъ напр. надъ имуществомъ въ Африкѣ, конечно, лишенъ былъ всякаго отношенія къ лицу пупилла, живущаго въ своемъ азіатскомъ имѣніи (L. 15 D. 26, 2). Наконецъ, по усмотрѣнію претора, забота о лицѣ пупилла могла быть отнята вообще отъ всякаго опекуна и вручена всякому другому.

Если же слѣдовательно отношеніе къ лицу пупилла не составляетъ необходимаго условія опекунскихъ обязанностей, законное исключеніе отъ котораго составило бы только исключеніе изъ правила, то и не можетъ быть приводимо, какъ признакъ, отличающій опеку отъ попечительства. Мало того, даже тѣмъ признакомъ невозможно различить опеку отъ попечительства, что къ обязанностямъ первой можетъ *иногда* принадлежать и забота о лицѣ пупилла, такъ какъ подобные случаи не чужды и попечительства (т. н. въ литературѣ cura mixta см. Höpfner стр. 241). Такъ напр. къ подобной заботѣ могъ быть обязанъ попечитель надъ безумными, немощными (L. 7 pr. D. 27, 10: consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed *et corpus et salus* furiosi L. 13 § 1; L. 14 D. 1, 18; L. 9 § 2 D. 48, 9; Cic. de republ. 3. 33; Tusculan. 3, 5; de invent. 2 c. 50; Auct. ad Heren. I c. 13; Varro de re rust. 1 c. 2 [1]) и притомъ даже общія опредѣленія этихъ случаевъ совершенно тѣже, что и при опекѣ. Такъ напр. обыкновенно забота о лицѣ безумнаго и др. предоставлялась его родственникамъ (necessarii см. Klenze

[1]) Donell. Comm. 3, 21 § 2 какъ будто игнорируетъ эта ссылки.

*

стр. 74, 76), когнатамъ (L. 13 § 1; L. 14 D. 1, 1, 18; L. 9 § 2 D. 48, 9), свойственникамъ, какъ напр. супругу (L. 22 § 7, 8 D. 24, 3). И только уже за неимѣніемъ родственниковъ, устраненія ихъ отъ этой обязанности и за неимѣніемъ завѣщательнаго распоряженія, забота о лицѣ безумнаго, немощнаго могла составить по усмотрѣнію власти обязанность и попечителя.

И такъ, послѣ всего сказаннаго, мнѣ кажется, нельзя не согласиться съ тѣмъ положеніемъ, что и опекунъ, какъ и попечитель, предназначается необходимо только къ охраненію имущественнаго интереса подъопечныхъ лицъ [1]), забота же о лицѣ ихъ составляетъ только случайное прибавленіе къ ихъ дѣятельности. Что обязанность охранять имущественный интересъ пупилла въ противность разбираемому воззрѣнію составляла главное назначеніе опекуна, подтверждается вполнѣ и чтеніемъ источниковъ. Такъ, содержаніе поручительства за опекуна выражалось словами: *rem* pupilli salvam fore (Dig. 46, 6 rubr.; pr. I. 1, 20). Далѣе, основаніе опеки по закону объясняется такъ: hoc summa providentia, ut qui sperarent successionem, iidem *tuerentur bona, ne dilipidarentur* (L. 1 pr. D. 26, 4). Далѣе, Теофилъ комментируетъ слова: «appellantur enim tutores quasi tuitores atque defensores» такимъ образомъ: i. e. quasi in tutiore statu collocantes *pupilli bona*, et ubique enim defendentes (Theoph. ad § 2 I. 1, 13). Далѣе, одинъ изъ законныхъ поводовъ отказаться отъ принятія опеки составляли tria onera tutelarum, причемъ вниманіе обращалось не на число подъопечныхъ лицъ (numerus pupillorum), а на numerus patrimoniorum (L. 3 D. 27, 1; Theoph. ad. § 5 I. 1, 25) и т. д. (Ulp. 11 § 14... tutelae suae rei...). А изъ этого слѣдуетъ, что по главному назначенію опека ничѣмъ не отличается отъ попечительства, или иначе, разсматриваемое воззрѣніе въ общемъ несостоятельно.

Остается слѣдовательно обратиться къ частнымъ доказательствамъ писателей этого воззрѣнія.

Такъ во-первыхъ опредѣленіе опеки Сервіемъ (L. 1 pr. D. 26, 1). Сколько монографій было посвящено исключительно одной интерпретаціи этого опредѣленія (напр. *Gebauer* Progr. de Sirvii Sulp. definitione tutelae in L. 1 pr. D. de tut. 1788; *Wagner* de genuino definitionis tutelae intellectu 1742; другіе приведены у Хёпфнера

---

[1]) Хотя смутно, но сознаніе этого начала проскакивало уже давно въ литературѣ см. напр. Voet. Comm. ad L. 26 t. 1; Göschen § 755.

стр. 209 прим. 2), кромѣ того, что долго всякое изслѣдованіе объ опекѣ начиналось разъясненіемъ его (см. напр. Höpfner стр. 209; Wiesner § 13 и слѣд., Selchow Element. Antiq. § 573; Haimberger § 155; Ortolan Explicat. histor. L. 1 tit. 13; Demangeat 1 стр. 328 и другіе), приэтомъ, чтобы придать болѣе вѣсу интерпретируемому опредѣленію, обыкновенно предварительно расточали похвалы его автору, какъ юристу теоретику. Такъ ссылались на характеристику дѣятельности Сервія въ слѣдующихъ словахъ Цицерона: dialecticam autem omnium artium maximam, quam lucem attulit ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur (Cic. in Brut. 42 или Orat. Philipp. 9, 5), ссылались и на панегирики въ монографіяхъ о жизни и дѣятельности Сервія (см. напр. Otto de vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulp. 1737 г. и еще въ новѣйшее время Schneider de S. Sulpicio Rufo 1834 г.). Въ концѣ же концовъ результатъ вышелъ тотъ, что, наконецъ, сознали неопредѣленность выраженія Сервія не только въ общемъ (см. Рудорфъ I стр. 31), но и въ частностяхъ. Такъ, даже если бы пришлось согласиться подъ словами «caput liberum» понимать «hominem sui juris», а подъ «potestatem» вообще законную охрану его, то все таки теоретическая сущность опеки изъ словъ Сервія не выясняется вовсе (Burchardi 2 § 133 прим. 1). Идя такимъ образомъ въ своихъ разсужденіяхъ дальше, новѣйшіе писатели, наконецъ, набрели на сомнѣніе: да хотѣлъ ли дѣйствительно Сервій выяснить внутреннюю сущность опеки, а скорѣе не имѣлъ-ли онъ въ виду привести этимологію слова «tutelae» (см. Gesterding Ausbeute 6, 2 § 1)? Послѣ этого ссылки на опредѣленія Сервія стали весьма рѣдки. И такъ, по отношенію къ разсматриваемому опредѣленію сущности опеки въ отличіе отъ попечительства слова Сервія не могутъ имѣть никакого значенія, такъ какъ 1) единственный выводъ изъ нихъ будетъ тотъ, что опека—институтъ, имѣющій цѣлью ограждать извѣстныхъ лицъ (см. Löhr § 4), но какимъ образомъ, въ отправленіи какихъ обязанностей его органовъ, — про это Сервій не говоритъ, а 2) общій смыслъ словъ, которыми опредѣляется опека, вполнѣ годится и для опредѣленія попечительства. Такъ напр. словомъ «tueri» помимо разнообразныхъ его значеній (см. Gebauer de actione tutelae adversus magistratus въ Exercitat. Academ. v. n. 8, 3) въ равной степени могутъ быть опредѣлены обязанности, какъ опекуна, такъ и попечителя. Варронъ (Lingua Lat. 6, 2) говоритъ tueri.... a curando ac tutela. Далѣе, словомъ «potestas» сплошь да рядомъ опредѣляется и попечительская власть (напр. Auctor.

ad Herenn. 1, 13: in eo [1]) (sc. furioso) pecuniaque *potestas esto;* desinit esse *in potestate curatorum* (L. 1 pr. D. 27, 10 и т. д.).

Во вторыхъ: tutor personae, curator rei vel causae datur. Несмотря на всю ясность выраженія, мы не можемъ допустить, чтобы оно выражало въ той или другой формѣ интерпретаціи дѣйствительный принципъ различія опеки отъ попечительства.

Отношеніе къ лицу въ силу этого выраженія одни понимали въ смыслѣ дополненія личности пупилла чрезъ auctoritatis interpositionis (Zöpfl § 14; Bocking Instit. стр. 185; Vangerow § 263; Demangeat I стр. 345 и много др.). Несостоятельность этого воззрѣнія доказана въ самомъ его основаніи (см. выше), а такъ какъ необходимо оно не вытекаетъ изъ чтенія этихъ словъ, то останавливаться дальше на этой интерпретаціи въ частности излишне.

Самое распространенное пониманіе цитированныхъ словъ формулировалось въ такой фразѣ: опека назначается не къ отдѣльному имуществу или къ совершенію отдѣльнаго акта, но къ лицу пупилла, а тѣмъ слѣдовательно и ко всему его имуществу со всѣми актами, которые придется совершить по поводу его (такъ поняли напр. эту фразу и редакторы Code Napoléon, когда въ началѣ 450 act. говорятъ: le tuteur prendra soin de la personne du mineur....) Позволю себѣ привести слова Баховія (Bachovius Echtius Commenntar. in Instit. стр. 136), кратко и ясно выразившаго вплоть до новѣйшихъ временъ единственную интерпретацію даннаго выраженія: tutor datur personae. Sed tamen si pupillus bona habet, hice tiam omnino per consequentiam datus censetur quorum administratione minime se excusare potest, qui tutelam sustinet, adeo ut tutor nec possit dari personae pupilli deductis rebus ita ut alter bona administret.

Вангеровъ (§ 263) замѣтилъ, что изъ связи цитированнаго выраженія съ предъидущими фрагментами этого смысла вывести нельзя. Такъ L. 14 D. 26, 2 соединяется съ L. 12, 13 D. eod. союзомъ *quia*, такъ что не можетъ служить основаніемъ предъидущаго, а скорѣе только его повтореніемъ (см. § 4 I. 1, 14). Впрочемъ, на этомъ возраженіи ограничиваться нельзя, такъ какъ противоположеніе все таки остается и притомъ логически совершенно ясное. Если отрицается возможность опеки certae rei или causae, то противоположное должно относиться, непремѣнно ко всему имуществу (См. L. 21 § 2

[1]) Грамматическая форма «in eo» вмѣсто «in eum» была обыкновенною въ древнемъ латинскомъ языкѣ, напр. vitae necisque *in eo* potestas sit uti Patri endo filio est (Gell. 19).

D. 27, 1; § 5 I. 1 23; § 17 I. 1, 25; L. 9 C. 5, 31; Huber Praelect. стр. 57; Warnkoenig § 216, 243; Schroeter стр. 22; Brinz стр. 1314; Keller §§ 423, 427). Но и въ этомъ смыслѣ понятый фрагментъ не можетъ служить опорой разсматриваемому положенію.

Обыкновенно полагаютъ (см. напр. Lohr Mag. 3 стр. 19; Puchta Museum 1828 стр. 384—386; Heimbach 3 стр. 134; Neuner Wesen u. Arten der Privatverh. стр. 23), что цитированныя слова относятся только къ опекѣ по завѣщанію, такъ какъ подобныя же положенія встрѣчаются только въ титулахъ подъ рубриками «de testamentaria tutela» (L. 12 — 14 D. 26, 2) или «qui testamento tutores dari possunt (§ 4 I. 1, 14; Theoph. ad. h. t.). Но подобное ограниченіе едва ли будетъ консеквентно съ точки зрѣнія писателей критикуемой теоріи различенія опеки отъ попечительства. Если даже дѣйствительно разсматриваемое положеніе высказано по поводу только опеки по завѣщанію, то во всякомъ случаѣ основаніе этого положенія должно быть общимъ для всѣхъ видовъ опеки, а на одномъ основаніи должны строиться одни и тѣже общія начала (см. Zimmern § 232 прим. 20; Рудольфъ I стр. 289). Но если съ точки зрѣнія разсматриваемой теоріи положеніе, tutor certae rei vel causae dari non potest, необходимо должно считать за общее начало для всѣхъ видовъ опеки, то съ точки зрѣнія положительныхъ данныхъ оно не можетъ имѣть никакого значенія въ виду множества положеній совершенно противнаго содержанія (см. Löhr Mag. 3 стр. 441 и слѣд). Такъ напр. въ L. 15 D. 26, 2 мы читаемъ: si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriacae utilis datio est: hoc enim jure utimur и множество другихъ подобныхъ выраженій, можно встрѣтить въ источникахъ (напр. vel in omnes res, vel in unam forte aut duas optare Gaj. 1 § 150; ad hereditatem adeundam § 176; dotis constituendae gratia § 178, 180; praetorius tutor § 181, 184; ad protegendam causam tutor... datus L. 3 C. 5, 44; ad litem datus tutor L. 4 ibid; rerum, quae sunt Romae, praetor, provincialium praeses, tutorem dare potest L. 27 pr. D. 26, 5. См. также Ulp. 11 §§ 20—24. Frag. Vat. §§ 110, 229; L. 3 § 9; L. 4; L, 39 § 8; L. 51, 55 pr. D. 26, 7; L. 26 § 2; L. 27 pr. D. 26, 2; L. 9 D. 26, 5; L. 21 § 2, 4 D. 27, 1; L. 2 C. 5, 40; Rubr. Cod. 5, 52 и т. д.).

Очевидная ясность выраженія, кажется, не могла бы подать и повода къ недоразумѣніямъ (Si ... fuerit (tutela) divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte, vel regione quam non administrat. L. 4 D; L. 51 D. 26, 7) какимъ бы то не было, но писатель, не

допускающій измѣненій въ исторіи извѣстнаго принципа Римскаго права, желая скомбинировать всѣ частныя положенія въ одну стройную систему, непремѣнно долженъ прибѣгать ко многимъ натяжкамъ въ интерпретаціи того или другаго фрагмента. Такъ случилось и въ данномъ случаѣ. Цитированному фрагменту навязывается такая мысль: опека назначается для всего имущества, какъ одно цѣлое, а осуществленіе ея (administratio) раздѣляется между нѣсколькими соопекунами (см. Peregrinus Manuduct. ч. 1 стр. 180; Pothier Pandect. t. 9 p. 401 n. 4; Puchta Miscellen въ Museum 2 Iahrg. 1838 г. стр. 383 и слѣд.; Рудорфъ 1 стр. 292 и др.). Изъ чтенія L. 15 cit. и Vat. Frag. § 229 этой цѣлостности вывести нельзя, посмотримъ, въ чемъ можетъ выразиться она de facto. Мы уже говорили, что опека устанавливается въ виду имущественнаго интереса извѣстныхъ лицъ, а потому отсюда мы выводили, что опека немыслима надъ неимущими. Слѣдовательно, главная обязанность опекуна состоитъ въ управленіи вообще въ обширномъ смыслѣ имуществомъ опекаемаго, подъ которое подходитъ и auctoritatis interpositio, какъ извѣстное выраженіе этого управленія, такъ какъ соучастіе опекуна требуется при совершеніи только имущественныхъ актовъ, т. е. такихъ актовъ, которые могутъ отразиться выгодно или невыгодно на управляемомъ имуществѣ. Оттого всѣ юридическіе акты не могутъ вліять въ видѣ имущественной отвѣтственности на имущество опекаемаго и не требуютъ при совершеніи своемъ соучастія опекуна, какъ напр. акты, приносящіе пупиллу исключительно одну прибыль. По этому управленію опредѣляется и отвѣтственность опекуна (L 39 § 3, 7, 8; L. 47 § 2 D. 26, 7; L. 100 D. 46, 3). Спрашивается теперь: какое значеніе можетъ имѣть раздѣленіе опеки на обязанности и отвѣтственность каждаго опекуна? По непосредственному управленію отдѣленной части имущества опекаемаго, само собою, такой опекунъ не зависитъ отъ опекуна другой части и, конечно, отвѣтственность несетъ только по управленію ввѣреннаго ему имущества (Huber Praelect. 3 стр. 284; Löhr. Mag. 3 стр. 35; Zöpfl § 14; Müller Inst. стр. 671; Рудорфъ 2 стр. 241; L. 3 § 9; L. 4 D. 26, 7; L. 2 C. 5, 38; L. 2 C. 5, 40) въ силу общаго правила: divisio tutelae administrationi et periculo tutorum modum facit (L. 36 D. 26, 7). Конечно при этомъ требуется, чтобы divisio administrationis произошло не по произволу соопекуновъ, а по волѣ завѣщателя, или усмотрѣнію претора. Такъ что въ первомъ случаѣ опека разсматривается какъ одно цѣлое, во второмъ же она раздробляется на нѣсколько самостоятельныхъ опекъ (все это яснѣй-

шимъ образомъ выражено въ L. 2 C. V, 52; L. 46 § 1 D. 26, 7): это то и выражается словами: nam divisio tutelae non juris, sed jurisdictionis est (L. 36 D. 26, 7), такъ какъ по закону tutelae divisio невозможна, а допускается только по усмотрѣнію лицъ, имѣющихъ jurisdictionem tutelarum или tutoris dationem (L. 27 D. 26, 5; L. 3 § 4, 9; L. 4; L. 9 § 8, 9; L. 39 § 8; L. 46 § 6 D. 26, 7). Впрочемъ обыкновенно это выраженіе понимаютъ въ томъ смыслѣ, что дѣленіе опеки признается только фактически; предъ закономъ же она разсматривается какъ одно цѣлое (см. Ноодтъ Comm. ad Dig. въ Opp. 2 стр. 362), т. е. иначе дѣлится administratio, а не сама опека. Но это пониманіе фрагмента вполнѣ неосновательно, какъ основанное на совершенно невѣрномъ пониманіи слова «jurisdictio». Что совершается въ силу предоставленной юрисдикціи, то совершается по праву (см. примѣръ bonorum possessionis L. 1, 3 D. 2, 1); слѣдовательно, вся разница въ послѣднемъ и первомъ случаяхъ будетъ только въ непосредственномъ источникѣ, а не въ характерѣ. Въ обоихъ случаяхъ отношеніе будетъ правовое, только въ первомъ — источникомъ его будетъ такое выраженіе воли лица, которому законъ приписываетъ силу закона (jus dicere) и которое даже вмѣняется въ обязанность закономъ же этому лицу (L. 3 § 9 D. 26, 7); а во второмъ правоотношеніе устанавливается непосредственно самимъ закономъ (ipso jure). Слѣдовательно правоотношеніе, основанное на юрисдикціи, не будетъ только фактическимъ, но вполнѣ юридическимъ, регулированнымъ въ подробностяхъ частными законами. Итакъ слова Папиньяна слѣдуетъ понимать именно въ томъ смыслѣ, какъ понимаемъ ихъ мы.

Что касается до auctoritatis interpositio, то мы полагаемъ, что на соучастіе отдѣленный опекунъ имѣетъ право только при совершеніи такихъ юридическихъ актовъ, которые могутъ касаться только управляемаго имущества (Cujacius Observ. 17, 8; Huber Praelect. стр. 57; L. 4 D. 26, 7; L. 100 D. 46, 3; L. 5 C. 5, 59), или иначе, отразиться извѣстнымъ образомъ на управляемомъ имуществѣ. По отношенію къ убыткамъ этого имущества и будетъ опредѣляться отвѣтственность отдѣленнаго опекуна, такъ какъ иначе странно было бы наложить на него отвѣтственность въ убыткѣ того имущества, забота о которомъ не составляетъ его обязанности.

Мало того, опекунъ извѣстной части имущества на столько теряетъ всякую связь съ прочими (L. 55 pr. D. 26, 7), что не обязывается даже наблюдать за управленіемъ остальной части, въ качествѣ tutoris non gerentis (эта обособленность каждаго опекуна при tutela

divisa весьма подробно разсматривается у *Гифанія* въ его Explanatio difficilior. et celebrior. Leg. Cod. Inst. стр. 468 и слѣд,). Если въ противность выше нами сказанному ссылались на нѣкоторые фрагменты (напр. L. 9 § 8; L. 14; L. 19; L. 46 § 6; L. 51 in fin. D. 26, 7; L. 29 § 1 D. 27, 1; L. 2, 4 C. 11, 36), изъ которыхъ можно сдѣлать будто бы такое заключеніе, что нераздѣльность опеки доказывается такимъ отношеніемъ между опекуномъ, какъ напр. обязанность каждаго изъ нихъ suspectum facere другаго, требовать satisdationem отъ него и тому подобное. На это мы можемъ отвѣтить: если эти обязанности вытекаютъ изъ соопекунскаго характера всей дѣятельности даннаго лица, то ихъ должны сопровождать и такіе признаки, безъ которыхъ немыслимъ этотъ соопекунскій характеръ. По дѣятельности соопекуны раздѣляются на gerentes и honorarii. И тѣмъ и другимъ принадлежатъ такія функціи, которыя разсматриваемымъ соопекунамъ не принадлежатъ. Обыкновенно говорятъ, что при раздѣленіи опеки каждый отдѣльный опекунъ по отношенію къ другому разсматривается какъ tutor honorarius. Но это должно быть какой нибудь особенный tutor honorarius, который, въ противность общимъ о немъ законамъ, не имѣетъ, какъ уже говорено, никакого участія въ administratio, выражаемаго напр. хотя въ правѣ на auctoritatis interpositio (L. 49 D. 29, 2; L. 14 § 1. 2 D. 46, 3) [1]) или

[1]) Правда, положеніе, высказанное нами по отношенію къ tutoris honorarii (см. Noodt Comm. ad Dig. L. 26 t. 8; Voet. Comm. ad Pand. 26 tit. 8 § 7; Lohr Mag. 3 стр. 29 прим. 2) въ наукѣ небезспорно. Нѣкоторые писатели (см. напр. Walch introd. in controv. jur. civ. sect. 1 cap. 2. membr. 3 § 18; Duarenus стр. 403; Westenberg Princ. jur. стр. 421 § 8; Wening т. 3 § 129 и др.) утверждаютъ совершенно противное на основаніи единственнаго свидѣтельства Помпонія:.... si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet (L. 4 D. 26, 8). Оставляя безъ вниманія попытки примирить очевидное противорѣчіе въ источникахъ (см. о нихъ у Глюка 29 стр. 168 и слѣд.), приведемъ тѣ основанія, которыя утверждаютъ наше положеніе, какъ общее начало въ Римскомъ Правѣ. Вопервыхъ за наше положеніе количество свидѣтельствъ, а во вторыхъ и ихъ качество. Ульпіянъ въ L. 14 § 1 cit. опредѣляетъ общій характеръ tutoris honorarii, по которому отвѣтственность за имущественный ущербъ, нанесенный управленіемъ tutoris gerentis, падаетъ на нихъ въ той же мѣрѣ, какъ и на виновниковъ этого ущерба (см. L. 60 § 2 D. 23, 2). Tutores honorarii такіе же опекуны. Въ силу же этой отвѣтственности естественно предположить право tutoris honorarii вмѣшиваться въ ту administratio, въ веденіи которой онъ отвѣтственъ. Этотъ выводъ и сдѣланъ вполнѣ раціонально юристомъ Юліяномъ, высказавшимъ его въ положеніи на частный случай: pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait (sc. Julianus) L. 49 D. cit. Послѣ этого понятно, что высказанное по-

отвѣтственности за administratio tutoris gerentis (L. 60 § 2 D. 23, 2; L. 3 § 2 D. 26, 7 срав. съ L. 4 D. 26, 7; L. 2 C. 5, 40). Поэтому не будетъ ли вѣрнѣе такія обязанности, не составлявшія даже особенныхъ обязанностей однихъ соопекуновъ, а всякаго вообще, даже посторонняго гражданина, или даже властей, какъ accusatio suspecti (quasi publicam hanc esse actionem. *hoc est, omnibus patere* (L. 1 § 6 D. 26, 10; § 3 I. 1, 26) Theophilus ad § 3 I. 1, 26... δημοσία κατηγορία) [1]) и требованіе satisdationis, разсматривать не какъ результатъ соопекунскаго характера дѣятельности отдѣльныхъ опекуновъ, а особыхъ приложеній къ ихъ обязанностямъ въ виду лучшей гарантіи интереса пупилловъ.

Нашъ взглядъ вполнѣ подтверждается источниками. Такъ напр. что по обязательности suspectum accusare нельзя дѣлать заключенія о соопекунскомъ характерѣ, говоритъ уже то, что къ accusatio допускались и женщины (L. 1 § 7 D. 26, 10 срав. съ L. 1, 8 D. 49,2; L. 12 C. 9, 1), по принципу устраненныя отъ опеки. Наконецъ, прямо къ разсматриваемому вопросу относится слѣдующій фрагментъ Ульпіяна: tutor quoque contutorem potest suspectum facere, sive duret adhuc tutor, sive jam desierit ipse, contutor autem maneat tutor (рескритъ Севера).... posse tutorem suspectum remotum contutores suos suspectos facere (рескриптъ Пія) [2]), т. е. рѣшительно все равно: въ качествѣ ли соопекуна, или оставившаго уже опеку, посторонняго, будетъ вчиненъ искъ даннымъ лицемъ. Слѣдовательно, о соопекунскомъ характерѣ по данному иску заключать никакимъ образомъ нельзя.

ложеніе считается теперь уже почти безспорнымъ (этому въ сильной степени содѣйствовалъ Цёпфель § 12 своимъ подробнымъ и мѣткимъ анализомъ вопроса).—Если, слѣдовательно, несомнѣнно общимъ правиломъ tutores honorarii имѣли право auctoritatem accomodare, то такимъ же общимъ правиломъ tutor certae regionis былъ лишенъ его см. L. 1 § 2 D. 27, 6.

[1]) Въ частности даже обязывались къ accusatio suspecti такія лица, которыя въ данномъ случаѣ могли и не быть соопекунами, напр. вольноотпущенники (L. 3 § 1 D. 26, 10), родственники (L. 6 C. 5, 43) и т. п.

[2]) L. 3 pr. D. 26, 10. Для второй части см. L. 11 § 1, 2 D. 26, 2; L. 3 § 8 D. 26, 4 и L. 14 § 4 D. 62, 1: si tanquam suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor. Напротивъ Рудорфъ (3 стр. 198 и др. Gaj. 1 § 182) полагаетъ, что опека tutoris, объявленнаго suspecti, прекращается только съ назначеніемъ на мѣсто его другаго опекуна. Я полагаю, что Рудорфъ ошибается, такъ какъ назначеніе другаго опекуна не сопровождало необходимо удаленіе недобросовѣстнаго (L. 3 § 18 D. 26, 10), а послѣ едва ли логично оставлять соопекунскій характеръ за лицомъ, давнымъ давно удаленнымъ отъ опеки.

Также мало можетъ служить въ пользу разсматриваемаго воззрѣнія и то обстоятельство, что иногда взысканія на пупилла могут удовлетворяться и такимъ опекуномъ, который не устанавливал удовлетворяемаго долга (L. 47 § 7 D. 26,7 срав. съ L. 2. C. 5. 40; L. 1 § 1 Cod. Theod. 2,4). Долгъ есть обязательство, как обязательство это—правоотношеніе чисто личное, а такъ какъ каждый отдѣльный опекунъ обязывается отвѣчать по долгамъ пупилла то и отвѣчаетъ въ силу принадлежности имущества пупилла — должнику, а не отношеній къ другимъ отдѣльнымъ опекунамъ. Подобное разсужденіе всего очевиднѣе подкрѣпляется тѣмъ положеніемъ Римскаго Права, по которому unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte, vel regione, quam non administrat (L. 4 D. 26,7) т. е. отвѣтственность опредѣляется только принадлежностью имущества извѣстному лицу, а не соопекунскимъ характеромъ отдѣльныхъ опекуновъ. Выступать въ качествѣ истца по иску, пріобрѣтенному однимъ опекуномъ, другой не можетъ по закону, такъ какъ юридически общаго между ними не признается ничего (см. также L. 47 § 2 D. 26,7; L. 100 D. 46,3).

Въ силу своихъ личныхъ отношеній къ пупиллу (см. Donell Comm. L. XV cap. 18 § 16) по заботѣ объ имущественномъ его интересѣ совершенно независимо отъ прочихъ отдѣльныхъ опекуновъ, объясняются и другія положенія источниковъ, не всегда даже и приводимыя въ доказательство оспариваемаго мнѣнія, почему на нихъ мы и не останавливаемся (см. L. 39 § 7; L. 47 § 2 D. 26, 7).

И такъ намъ кажется, что tutela (per partes v. regiones) divisa не составляетъ одного цѣлаго, только осуществленіе котораго раздѣляется между нѣсколькими лицами, а просто собраніе отдѣльныхъ вполнѣ самостоятельныхъ опекъ надъ отдѣльными частями имущества пупилла. Это воззрѣніе даже въ общемъ подкрѣпляется выраженіями источниковъ, какъ напр. конституціею Юстиніана .L. 5 C. de auctorit. praestand 5, 59. Изъ этой конституціи мы узнаемъ, что до нея еще не вполнѣ установилось воззрѣніе на право auctoritatis interp. того или другаго изъ многихъ опекуновъ въ извѣстныхъ случаяхъ. Юстиніанъ выражается категорично:.... unius tutoris auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus; ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare (см. еще L. 1 § 2 D. 27, 6; L. 39 § 3 D. 26, 7; L. 1 C. 5, 40; затѣмъ L. 4 D. 26, 8 срав. съ L. 49 D. 29,2. Разрѣшеніе

противорѣчія см. у Рудорфа 2 стр. 303). Далѣе, совершеніе тѣхъ актовъ, которые могутъ касаться всѣхъ отдѣльно управляемыхъ частей имущества пупилла, требуетъ непремѣнно соучастіе всѣхъ опекуновъ (см. Cujacius Observ. 17.8), какъ напр. въ случаѣ усыновленія (arrogatio):... Tunc..., necesse est omnes suam auctoritatem praestare, *ut, quod omnes similiter, ab omnibus comprobetur* [1]).

Итакъ добросовѣстнѣе поступаютъ тѣ ученые (напр. Noodt opera omn. стр. 6, 7; Schroeter de nexu tut. стр. 23; Meyer § 4; Mackeldey § 593; Keller § 423; Demangeat 1 стр. 345), которые въ L. 15 D. cit. и друг. видятъ прямое исключеніе изъ правила: tutor certae rei non datur.

Дѣйствительно иначе никакъ нельзя избѣгнуть затрудненія въ интерпретаціи цитированныхъ фрагментовъ. Такъ если даже предположить вѣроятность того положенія, что раздѣляется не опека сама, а только ея осуществленіе, то можно спросить объ основаніи подобнаго положенія, основаніи, конечно, вытекающемъ изъ сущности института опеки? На этотъ вопросъ отвѣчаютъ, что jus tutelae est personale (см. Giphanius стр. 468). Если бы даже оставить спорные фрагменты безъ вниманія, то все таки, какъ объяснить по этому опредѣленію хотя бы одинъ случай такъ называемой спеціальной опеки (напр... ad adeundam hereditatem, tutor,,,dabitur L. 17 § 1 D. 49, 1), т. е. когда опекунъ назначается напр. только ad certam causam? Нѣкоторые писатели (см. напр. Вринцъ стр. 1341 срав. съ стр. 1314) стараются устранить противорѣчіе тѣмъ, что полагаютъ, будто и въ подобныхъ случаяхъ опекунъ относится къ части, какъ къ цѣлому, представляя въ ней ея собственника. На подобномъ софистическомъ объясненіи не стоитъ и останавливаться.

Ко всему этому слѣдуетъ замѣтить, что всѣ разсмотрѣнные и не разсмотрѣнные случаи спеціальной опеки стоятъ внѣ связи съ общимъ правиломъ, безъ оговорки ихъ исключительнаго свойства, а потому мы полагаемъ, что цитированныя положенія L. 12-15 D. 26, 2, § 4 I. 1, 14 могутъ выражать принципъ развѣ жъ того времени, когда, дѣйствительно, пупиллъ могъ состоять только подъ однимъ опекуномъ: территорія была не велика, слѣдовательно повода подать къ появленію tutelae divisae не могла, а о попечительствѣ надъ пупилломъ (§ 5 I. 1, 23; L. 13 D. 26, 1; L. 7; L. 11 D. 26, 5; L. 48 D. 26, 7; L. 19 D.

[1]) Къ подобнымъ же случаямъ относится выраженіе Цицерона: nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui см. Ulp. 11 § 26.

26, 8; L. 10 § 8 D. 27, 1; L. 17 § 1 D. 49, 1 и т. д.), какъ институтъ уже новѣйшемъ нельзя было и мыслить, а слѣдовательно и поводъ не представлялось назначать къ certae causae опекуна (L. 19. D. 26, 8), какъ напр. для принятія наслѣдства и т. д. При маломъ же развитіи промышленности, частной предпріимчивости, относительной бѣдности и простотѣ всѣхъ гражданскихъ оборотовъ, не мыслимо было опекуну ссылаться на затруднительность управиться одному съ дѣлами пупилла (L. 9 § 9 D. 26, 7; L. 21 § 2; L. 31 § ult. D. 27, 1 L. 3, 5 C. 5, 36). Этими же тремя общими случаями и ограничивалась возможность этого раздѣленія. [1]) Итакъ древняя опека была нераздѣльна и tutor certae rei vel causae non datur? [2])

Впослѣдствіи же множество частныхъ примѣровъ de facto отмѣнили почти вовсе правило, выработавшееся изъ фактическаго же положенія древней опеки. Такіе частные примѣры tutelae ad certam rem vel causam подали даже поводъ въ литературѣ раздѣлить опеку на tutela generalis и *specialis*.

Съ другой стороны разсматриваемое положеніе безспорно должно быть первоначально и для нѣкоторыхъ видовъ попечительства, какъ напр. для cura furiosi, а въ силу положенія Марка Аврелія оно становилось уже общимъ и для прочихъ видовъ попечительства [3]). Такъ попечительство надъ минорами, сколько можно судить по исторіи его, въ древности назначалось по всей вѣроятности только ad certam causam. Послѣ конституціи Марка въ общемъ возможна была только постоянная опека (cura perpetua). Это однако не препятствовало тому, что и впослѣдствіи въ частныхъ случаяхъ могъ быть назначенъ попечитель только ad certam causam, ad certam rem. Совершенно тоже явленіе представляетъ и опека: не смотря на общее положеніе, въ позднѣйшемъ правѣ сплошь да рядомъ встрѣчаются назначенія опекуна только ad certam causam, или ad certam rem, и притомъ даже часто въ однихъ и тѣхъ же положеніяхъ для подобнаго попе-

---

[1]) Tutores praetorii (Gaj. 1 § 184; Ulp. 11 § 24; § 3 I. 1, 21) были слишкомъ исключительнымъ явленіемъ, допускаемымъ каждый разъ особымъ декретомъ претора, чтобы могло отозваться на общемъ правилѣ.

[2]) Нѣкоторые писатели полагаютъ, что до изданія закона Атилія женщины и пупиллы, не получая опекуна по завѣщанію или по закону, предоставлялись на волю судебъ, а если и назначались къ подобнымъ лицамъ опекуны, то не иначе какъ къ каждому отдѣльному акту, ad certam causam. Несостоятельность подобнаго воззрѣнія будетъ доказана нѣсколько позже.

[3]) Особенно характеристичны слова: in omnem rem curator dandus est in... tutoris locum... L. 15 D. 26, 5.

чительства. Такъ напр. ad certam causam, ad protegandam causam *tutor sive curator* datus conveniri non potest administrationis periculo L. 3 C. de in litem dand. tut. vel curat. 5, 44 (См. Nov. 72 cap. 2); ad certam rem: «eos autem, qui provincialium rerum *curatores vel tutores* sunt, Italia negotia administrare non solere (L. 100 D. 46, 3).

Правило всегда предполагаетъ отрицаніе противнаго, но если это противное по правилу же не исключительному, а общему, допускается рядомъ съ нимъ, то говорить уже болѣе о немъ нельзя, а тѣмъ менѣе выставлять его признакомъ, отличающимъ извѣстный институтъ отъ другаго, въ которомъ de facto тоже самое общее правило можетъ считаться отмѣненнымъ въ силу свободнаго допущенія, противнаго его содержанію.

Въ частности положеніе, что опекунъ не можетъ быть назначенъ къ совершенію только одного акта или къ управленію извѣстной только части опкаемаго имущества, мы объяснили тѣмъ, что обыкновенное явленіе жизни было подмѣчено и возведено въ юридическое правило. Это правило по общему направленію Римскаго Законодательства впослѣдствіи не было отмѣнено положительнымъ закономъ, а обходилось de facto въ частныхъ примѣрахъ противнаго. Слѣдовательно противорѣчіе въ Юстиніановомъ Сводѣ нашимъ объясненіемъ не устраняется, но въ тоже время фраза: tutor certae rei vel causae non datur, какъ лишенная всякаго смысла въ позднѣйшемъ правѣ, исключается изъ числа принциповъ Римскаго права.

Въ частности и о попечительствѣ можно сказать тоже самое, но такъ какъ нѣкоторые виды его въ самомъ зачаткѣ допускали противное обыкновенному положенію опеки, то весьма понятно, почему мы встрѣчаемъ такого рода сопоставленіе: tutor certae rei vel causae dari non potest, a curator et ad certam causam dari potest. Этими словами выражалось дѣйствительное различіе между опекою и попечительствомъ, но 1) только въ древности и 2) между опекою и однимъ только видомъ попечительства. Въ позднѣйшемъ же правѣ и это противоположеніе потеряло всякій смыслъ, а потому въ общемъ результатѣ нельзя различать опеку отъ попечительства тѣмъ признакомъ, что первая назначается всегда ко всему имуществу, ко всѣмъ актамъ по немъ, а второе можетъ быть назначено и къ отдѣльнымъ актамъ, къ отдѣльному имуществу.

Остается опредѣлить отношеніе послѣдняго положенія къ общему: tutor personae datur. Всѣ объясненія, встрѣчающіяся въ литературѣ,

страдаютъ крайнею несостоятельностью. Для примѣра приводимъ два изъ нихъ. Такъ напр. Гёшенъ (Vorlesung § 755) говоритъ: «назначеніе опеки состоитъ въ заботѣ о всѣхъ дѣлахъ, которыя встрѣтятся въ лицѣ опекаемаго (in der Person des Pfeegbefohlenen zusammentreffen)». Какъ видите, объясненіе мало того, что неудобо-понятно, оно опровергается еще противоположеніемъ—curator vero rei vel causae datur,—изъ котораго слѣдовало бы, что Geschäfte, die in der Person des Minderjährigen, Wahnsinnigen, Pupillen etc. zusammentreffen, не составятъ предметъ обязанностей попечителя.

Другое объясненіе высказывалось уже давно (см. Huber Praelect. стр. 74; Глюкъ 33 стр. 101), но особенно развилъ его Хушке Tübing. Kritische Zeitschr. стр. 284). По его понятію, какъ опека, такъ и попечительство назначаются для охраненія имущественнаго интереса пупилла, только попечительство назначается къ имуществу непосредственно, а опека—посредственно, т. е. исходя изъ лица опекаемаго. Объясненіе 1) слишкомъ софистическое, чтобы дѣйствительно могло быть признано въ римскомъ правѣ; а 2) если доказано, что оба института установлены въ виду охраненія имущественнаго интереса опекаемыхъ, то спрашивается: какой смыслъ теоретическій и практическій въ подобной формулировкѣ фразы: deuraermund von der Person aus über das Vermögen gesetzt ist, der Curator dagegen über das Vermögen als solches? Различеніе совершенно безполезное.

Я же полагаю, что опредѣленіе «tutor personae, non rei vel causae» составляетъ одно изъ такихъ личныхъ положеній римскаго юриста (Марціана), которыя въ виду множества другихъ частныхъ положеній несостоятельны: понять ли ихъ въ буквальномъ или любомъ иномъ смыслѣ. Положеніе цитированное есть попытка дать опредѣленіе характера опекунскихъ обязанностей, а не опредѣленіе частнаго факта въ ученіи объ опекѣ, а слѣдовательно, если попытка эта оказывается несостоятельною предъ новѣйшею критикою, то по моему не за чѣмъ и тратить ума на интерпретаціи совершенно ясныхъ словъ, конечно, не предполагая, чтобы римскіе юристы въ обще-теоретическихъ опредѣленіяхъ не могли грѣшить противъ юридической логики.

И такъ до сихъ поръ различеніе опеки отъ попечительства по тому признаку, что первая относится главнымъ образомъ къ лицу, а второе къ имуществу, не выдерживаетъ критики частныхъ доказательствъ.

Наконецъ послѣдняя ссылка разсматриваемаго воззрѣнія будетъ выраженіе L. 30 D. 26, 7: tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. Обыкновенно это положеніе понимали

въ смыслѣ главной обязанности опекуна охранять пупилла отъ всевозможныхъ фактическихъ обидъ. (см. напр. Haimberger § 163 Mühlenbruch Doctrin. Pand §§ 325, 3128; Mackeldey § 279). Согласиться съ этимъ пониманіемъ, значитъ поставить опекуна въ каждомъ частномъ случаѣ въ непосредственное отношеніе къ пупиллу, а этому уже противорѣчитъ все выше сказанное. Поэтому мы не можемъ не согласиться съ тѣми писателями, которые понимаютъ цитированный фрагментъ такимъ образомъ, что опекунъ обязывается охранять пупилла отъ имущественныхъ убытковъ (см. Heimbach 3 Стр. 378), какъ юридическихъ послѣдствій его безпомощности, т. е. иначе *defendere* будетъ значить: judicium suscipere, judicio vel sponsione defendere (см. напр. Duarenus стр. 40; Glück 29 стр. 4; Zöpfl стр. 9; Gesterding Ausb. § 1; Рудорфъ 1 стр. 32; Brinz стр. 1314). Что дѣйствительно въ этомъ смыслѣ могло быть употреблено слово «defendere» въ цитированномъ фрагментѣ, свидѣтельствуетъ множество и другихъ подобныхъ выраженій въ источникахъ (См. напр. L. 1 § 2; L. 10 D. 26, 7; L. 21 D. 26, 8; L. 28 pr. § 4 C. 5, 37; L. 1 C. 5, 40; L. 1 C. 5, 48). Въ этомъ же смыслѣ понятое «defensio pupilli» составитъ только извѣстную сторону administrationis bonorum (L. 54 § 1 D. 3, 3 см. противное мнѣніе у Фризена. De tutelae legit. fundam. § 5), а потому какъ доказательство обще-теоретическаго различія опеки отъ попечительства не можетъ быть приводимо. Слѣдовательно и послѣднее доказательство не говоритъ въ пользу разсмотрѣнной теоріи различенія опеки отъ попечительства.

И такъ, беря во вниманіе сказанное о послѣднихъ двухъ теоріяхъ различенія опеки и попечительства, мы можемъ заключить, что отличительная особенность опеки не можетъ состоять не только въ исключительномъ, но даже въ какомъ бы то ни было отношеніи опекуна къ лицу пупилла. Древнѣйшее опредѣленіе опекунской власти: ad providentiam pupillarem domini loco habetur (sc. tutor L. 27 D. 26, 7 срав. L. 1 § 3 D. 41, 4; L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 157 D. 50, 17). Этими словами Римляне очертили весь объемъ обязанностей опекуна, которыя слѣдовательно всегда относились только къ имуществу пупилла, а не къ лицу его.

Такимъ образомъ остается искать различія, если только настаивать непремѣнно на немъ, въ отношеніяхъ опекуна къ опекаемому имуществу. Но такъ какъ со стороны этой необходимой принадлежности опекунскихъ обязаностей всѣ новѣйшіе писателя отождествляютъ опеку съ попечительствомъ (см. напр. Zöpfl стр. 46; Löhr Mag. 3

§ 6; Глюкъ §§ 1298, 1298 a, 1304, 2390; Wening § 403; Mackeldey § 588; Savigny Schutz cap. 285 и т. д), то съ точки зрѣнія разсмотрѣнныхъ теорій тождество между обоими институтами можетъ считаться доказаннымъ.

Послѣ всего выше сказаннаго слѣдовательно назначеніе, какъ опеки, такъ и попечительства можемъ свести къ обязанности охранять имущественный интересъ порученныхъ заботы ихъ лицъ. Такъ понимали назначеніе опекунской власти, какъ мы видѣли, и Римскіе юристы. Ульпіянъ (11 § 25) сводитъ обязанности опекуна къ соучастію при совершеніи юридическихъ актовъ и веденію дѣлъ. Какъ то, такъ и другое, мы видѣли, составляютъ только различныя стороны одной и той же administratio bonorum, т. е. охраненіе имущественнаго интереса опекаемыхъ. Слова «имущественный интересъ» слѣдуетъ понимать въ самомъ обширномъ смыслѣ, такъ какъ въ такомъ только смыслѣ они обоймутъ и тѣ виды опеки и попечительства, которые съ administratio bonorum въ тѣсномъ смыслѣ не имѣютъ дѣла, какъ напр. tutela honoraria и нѣкоторые случаи curae specialis, равно какъ и тотъ видъ опеки, который непосредственно не имѣетъ ровно никакого дѣла съ какой бы то ни было administratio. Мы говоримъ о tutela notitiae causa data, которую при обыкновенномъ пониманіи теоретической сущности опеки со стороны характеристическихъ ея особенностей причисляли то къ какому нибудь уже константированному въ системѣ виду опеки, то вовсе какъ то игнорировали недоразумѣніе, возбуждаемое этимъ видомъ опеки при построеніи той или другой теоріи.

Всего чаще tutela not. causa d. причислялась къ tutela honoraria (см. напр. Cujacius Paratitla in lib. 26 tit. 7; Thibaut System 1 § 499) и даже смѣшивалась съ нею (напр. Hasse Culpa d. Röm Rechts стр. 352). Другіе писатели (напр. Zöpfl стр. 40) не видятъ никакого различія между tutores notitiae causa и tutores gerentes, къ которымъ причисляютъ первыхъ.

Со стороны положительныхъ свидѣтельствъ источниковъ и то, и другое невѣрно. Ульпіянъ говоритъ (L. 14 § 1 D. 46, 3): sunt quidem tutores, qui *honorarii* appellantur: sunt, *qui rei notitiae gratia dantur*. Значитъ Римское Право считало tutela notitiae causa data за совершенно особый видъ опеки (Wening § 112). Дѣйствительно, обязанности подобныхъ опекуновъ по содержанію (но не въ конечной цѣли) не имѣли ничего общаго съ обязанностями другаго рода опекуновъ. Tutor notitiae gratia datus назывался та-

кой опекунъ, qui ad instruendos contutores datur (L. 14 § 6 D. 46, 3). Эта особенность содержанія обязанностей, лишавшая его непосредственнаго участія въ administratio опекаемаго имущества (L. 1 C. 5, 38), не лишала его значенія опекуна (...si tutor sit... L. 14 § 6. D. 46, 3), а это только свидѣтельствуетъ, что Римляне подъ институтомъ опеки не разумѣли отправленіе одной только administratio bonorum въ тѣсномъ смыслѣ (L. 18 pr. D. 26, 7), или даже въ обширномъ (tutela honoraria выражалась въ этомъ отношеніи только въ правѣ auctoritatem interponere L. 49 D. 29, 2; L. 14 § 1 D. 46, 3), но вообще всякую дѣятельность по обязанности, направленную къ охраненію имущественнаго интереса лицъ, подпавшихъ подъ опеку. Въ частности это общее начало для tutela notitiae gratia data выражалось въ томъ, что подобные опекуны отвѣчали за имущественный ущербъ, причиненный ихъ дѣятельностью положительною или отрицательною не соопекунамъ, а опекаемымъ (L. 3 § 2 D. 26, 7; L. 14 § 1 D. 46, 3; L. 1 C. 5. 38) [1]).

Послѣ доказанной неосновательности общаго положенія должны оказаться неосновательными и выводы, служащіе какъ бы подтвержденіемъ его. Такъ 1) часто ссылаются (см. напр. Cujacius observ. 17, 7; Huber Praelect. стр. 74; Meyer § 4. и т. д.) на выраженіе: tutorem habenti tutor non datur (§ 5 l. 1, 23; L. 27 pr. D. 26, 2; L. 10, 11 D. 26, 5; L. 21 § 4; L. 37 D. 27, 1; L. 9 C. 5; 31; L. 9 C. 5, 34; L. 4 C. 5, 36), объясняя его тѣмъ, что если разъ назначенъ опекунъ, то его дѣятельность должна обнимать нераздѣльно все имущество пупилла въ силу отношенія къ его лицу; для попечительства же этого положенія Римское Право не знало, такъ какъ назначался попечитель только къ имуществу.

Кромѣ сказаннаго по поводу общаго положенія, несостоятельность этого частнаго различенія опеки и попечительства безъ труда доказывается положительными свидѣтельствами противнаго.

Прежде всего мы должны сказать, что положеніе tutorem habenti t. n. d. понимаемъ въ буквальномъ смыслѣ, какъ общее правило для

---

[1]) Особенно ясно опекунскій характеръ tutelae notitiae causa datae выразилъ Павелъ: Eum quoque, pui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde in omnibus et *administrationis* et accessionis *jure* conveniri posse, atque ceteros tutores qui codem testamento dati sunt (L. 32 § 1 D. 26, 2). Курсиво напечатанныя слова никоимъ образомъ не говорятъ объ отвѣтственности подобнаго опекуна, какъ администратора (Zöpfl стр. 40), а имѣютъ только тотъ смыслъ, что отвѣтственность его опредѣляется изъ администраціи и, конечно, не его самаго, а другаго—tutoris gerentis.

опеки вообще, а не какъ частное положеніе закона Атилія и Юлія Тиція, въ силу котораго назначеніе дативнаго опекуна ставилось въ зависимость отъ условія: si cui nullus omnino tutor sit (см. напр. Рудорфъ 1 стр. 84). Не допускаемъ мы этого ограниченія потому, что цитированное положеніе считаемъ за выраженіе обыкновеннаго положенія дѣлъ въ древнемъ Римѣ (см. выше наше объясненіе положенія: tutor certae rei vel causae non datur). Но что положеніе это не условливалось сущностью опеки, а составляло простой только выводъ изъ обыкновенныхъ явленій жизни, не трудно замѣтить изъ того, что когда представлялась надобность назначить къ пупиллу еще другаго опекуна, то безъ всякихъ стѣсненій и назначали (см. напр. L. 21 §§ 2, 3, 4 D. 27, 1....habenti ergo tutorem tutor datur; L. 9 § 9 D. 26, 7; Nov. 72 cap. 2). Такъ, неговоря уже о древнихъ т. н. tutores praetorii и опекунахъ ex Sctis (см. ниже) укажемъ на цѣлый титулъ въ Кодексѣ: in quibus casibus tutorem habenti tutor...dari potest (35, 36). Напр. въ L. 4 C. 5, 36 читаемъ: licet tutorem habenti tutor dari non potest, tamen certis ex causis alius idoneus substitui...solet. Изъ числа подобныхъ certae causae упомянемъ напр. о тѣхъ случаяхъ, когда опекунъ отказывается отъ опеки или дѣйствительно временно удаляется отъ дѣлъ по отказу (§ 5 I. 1, 23; § 2 I. 1, 25; L. 15, 16 D. 26, 5). Или еще выше мы обращали вниманіе на тѣ случаи, когда опекунъ не въ состояніи управиться одинъ со всѣмъ имуществомъ пунилла. Въ такомъ случаѣ къ нему въ помощь назначались другіе (L. 11 D. 5, 12; L. 21 § 2 D. 27, 1; L. 3, 5 C. 5, 36) и т. д. Правда, во всѣхъ упомянутыхъ и неупомянутыхъ случаяхъ tutorem habenti часто назначается не опекунъ, а попечитель (§ 5. I. 1, 23; L. 9 C. 5, 31; L. 4 C. 5, 36), но, какъ сейчасъ увидимъ, назначеніе опекуна или попечителя въ источникахъ совершенно безразлично, а слѣдовательно какъ то, такъ и другое назначеніе опрокидываетъ правило.

И такъ tutorem habenti можно было tutorem dare, если представлялась къ тому необходимость.

Съ другой стороны въ противность приведенному различенію тоже общее положеніе, что и для опеки, признавалось и для попечительства (см. уже Azo Comm. in Cod 5 tit. 36 стр. 421): curatorem habenti neque adjungi nisi causa cognita, neque in locum ejus alium substitui nisi ante priore remoto, ambigui juris non est... nec jure magistratum in absentia tua alium creasse est certum (L. 10 C. 5, 34). Такъ, пока curator, назначенный adlitem, оставался въ своей

должности, не могъ быть назначенъ другой (L. 5 pr. D. 26,1). Curator furiosi et prodigi могъ быть назначенъ начальствомъ только тогда, когда не имѣлось попечителей по закону или по завѣщанію (c. confirmatus L. 7 § 6 C. 5, 70; L. 13 D. 28,1). Но и это общее правило имѣло столько же смысла, сколько и вышеприведенное для опеки. Противное допускалось вполнѣ свободно: curatoram habenti, quominus alius curator detur regula juris non est impedimento (L. 20 § 1 D. 26,5). Всякая интерпретація этого фрагмента, не согласная съ яснымъ общимъ смысломъ его, не заслуживаетъ и опроверженія (см. Рудорфъ 1 стр. 380).

И такъ, съ одной стороны, какъ для опеки, такъ и для попечительства признавалось общимъ правиломъ: tutorem v. curatorem habenti tutor v. curator non datur, а съ другой стороны также для обоихъ институтовъ совершенно свободно допускалось противное этому положенію. Слѣдовательно различать опеку отъ попечительства разсмотрѣннымъ положеніемъ не приходится. Тождество обоихъ институтовъ въ данномъ отношеніи свидѣтельствуется источниками уже и тѣмъ, что къ tutorem habenti безразлично назначались какъ опекуны, такъ и попечители.

Въ литературѣ долго занимались вопросомъ: можно ли общимъ положеніемъ очертить случаи того, а не другаго положенія (см. Donellus Comm. 3, 18 см. у Löhr Mag. 3,13; Рудорфа 1 § 12; см. Schweppe Röm Privatr. § 744). Въ результатѣ многихъ попытокъ признали въ заключеніе, что рѣшить вопросъ категорично невозможно (см. напр. Wening 3 стр. 103; Bethmann-Hollweg Museum стр. 236; Рудорфъ 1 стр. 83). Множество примѣровъ и даже общихъ положеній должны насъ убѣдить, что источники не придавали никакого значенія: будетъ ли tutorem habenti данъ опекунъ или попечитель. Напр. въ случаѣ отсутствія опекуна reipublicae causa по свидѣтельству однихъ фрагментовъ назначается къ пупиллу попечитель (L. 12 D. 26,1; L. 3 § 10 D. 26,10), а по свидѣтельству другихъ — опекунъ (§ 2 I. 1,25; L. 15, 16 D. 26, 5). Притомъ должно замѣтить, что подобное безразличное назначеніе того или другаго встрѣчается у одного и того же юриста (см. L. 12 D. 26, 1 и L. 15 D. 26,5. Оба принадлежатъ юристу Павлу). Еще примѣръ: если недвижимое

---

[1]) Куяцій (Observ. 17, 6) полагалъ, что читать эту конституцію Діоклетіана и Максиміана слѣдуетъ не «curatorem habenti», но «tutorem habenti». Однако, первое чтеніе принято теперь всѣми писателями, см. Глюкъ 29 стр. 150.

имущество пупилла разбросано было по разнымъ провинціямъ, то къ управленію отдѣльныхъ частей назначались опять безразлично попечители (L. 39 § 7 D. 26,7; L. 3 C. 5, 36; L. 11 C. 5,62) или опекуны (L. 15 D. 26,2; L. 21 §§ 2, 3, 4 D. 27,1; Frag. Vatic. § 229) и т. д. (L. 12 pr. D. 27,1 и L. 10 § 8 D. 27,1; L 4 C. 5 36, L. 11 § 4 D. 26,2; L. 3 C. 5,31 и L. 28 § 2 D. 27,1; L. 14 § 3 D. 46, 3 и т. д). Мало того, въ источникахъ даже прямо высказывается такая мысль, что все равно, кто будетъ назначенъ tutorem habenti, опекунъ или попечитель (Nov. 72 c. 2... alius illi tutor vel curator adjungatur или L. 10 § 4 D. 27, 1:... ἐν τοσούτῳδὲ ἕτερος εἰς τόπον αὐτοῦ χειροτονηθῆσεται κηδεμών. А въ началѣ говорится о ἐπίτροπος. Или: qui datus est simpliciter *tutor* pupillo *vel curator* si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur L. 9 § 9 D. 26,7).

И такъ во всякомъ случаѣ первый выводъ разсмотрѣнной теоріи неудаченъ.

2) Другой выводъ изъ разсмотрѣннаго общаго начала объ отношеніи опекуна къ лицу пупилла тотъ, что искъ по опекѣ не могъ быть вчиненъ противъ опекуна впродолженіе отправленія имъ своихъ обязанностей (см. Giphanius стр. 462), такъ какъ съ точки зрѣнія писателей этой теоріи противное значило бы допустить вчинать искъ противъ самаго себя (см. L. 1 § 24; L. 4 pr. L. 9 pr. § 4 D. 27,3). Для попечительства же вчинать искъ не запрещалось во всякое время (L. 26 D. 26,7; L. 4 § 3; L. 16 § 1 D. 27, 3; L. 1 § 3 D. 27,4; L. 4 § 4 D. 46,6) Подобное различеніе будетъ фактически и логически неосновательно.

Правда, общимъ правиломъ Римскаго Права для tutela pupillaris признавалось: pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse (L. 9 § 4 D. 27 3). Это положеніе, какъ и множество другихъ, указанныхъ нами выше, выражало дѣйствительный принципъ только древняго Римскаго Права. Сначала весьма рѣдкія изъятія, а затѣмъ все большее число ихъ, показываетъ съ одной стороны, что это правило примѣнялось въ дѣйствительности, но какъ всегда только de facto. Затѣмъ какъ обыкновенное явленіе жизни выразилось въ краткомъ положеніи, изъ котораго современемъ, въ силу различныхъ практическихъ неудобствъ, сдѣлано столько изъятій, что въ Юстиніановомъ Сводѣ оно является положительно анахронизмомъ безъ всякаго смысла. Въ древности примѣненіе этого правила оправдывалось, какъ показано выше, самымъ положеніемъ опекуна къ опекаемому имуще-

ству, когда же собственникомъ этого имущества и формально сталъ разсматриваться самъ пупиллъ, тогда ничто не препятствовало вчинать искъ и впродолженіе опеки. Такъ, преторскимъ эдиктомъ выработалось правило, что пупиллъ могъ вчинить искъ противъ одного опекуна при соучастіи другихъ соопекуновъ (L. 9 § 4, 6 D. 27, 3). Мало того, и въ другихъ частныхъ случаяхъ стали допускать искъ пупилла противъ своего опекуна при соучастіи нарочно назначеннаго къ тому лица (L. 7 pr.; L. 9 pr. § 4, 6, 7 D. 27, 3 (Ulp. ad. Edict.); см. т. L. 46 § 5 D. 26, 7). Послѣ того о силѣ древняго начала не можетъ быть и рѣчи. Въ Институціяхъ Юстиніана оно болѣе не повторяется, а напротивъ возможность противнаго предусматривается общимъ положеніемъ: Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit.... curator datur (§ I. 1, 21). Если въ частности для опеки надъ женщиной иногда (см. ниже) утверждали древнее правило какъ дѣйствующее и въ позднѣйшемъ правѣ (Gai. 1 § 191), то невозможность иска проистекала въ данномъ случаѣ изъ мотива, указаннаго Гайемъ (I. § 190): feminas perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur, почему къ опекѣ допускались и несовершеннолѣтніе, и безумные; почему къ auctoritatis interpositio опекуны надъ женщинами могли быть принуждаемы (см. ниже).

Итакъ во времени предъявленія различія между actio tutelae и actio curationis causa utilis въ позднѣйшемъ правѣ не имѣется, а потому и второй выводъ съ его основаніемъ оказывается несостоятельнымъ.

3) Наконецъ, третій выводъ видѣли въ выраженіи: tutorem in rem suam auctorem fieri non posse (L. 1 pr. D. 26, 8). Такъ напр.: pupillus obligari tutori eo auctore non potest (L. 5 pr. § 2 D. 26, 8); item ipse tutor et emtoris et venditoris officio fungi non potest (L. 7 pr. D. 26, 8). Основаніемъ этого правила служило отношеніе опекуна къ лицу пупилла (теорія unitatis personarum см. напр. Heineccius Elementa § 121), почему на попечительство оно не могло распространяться, т. е. попечитель свободно могъ напр. заключать обязательственныя сдѣлки съ миноромъ (Löhr. Mag. 3 стр. 37). Начинаемъ съ послѣдняго вывода. Примѣры, приводимые въ доказательство, всѣ касаются такихъ сдѣлокъ, которыя не требуютъ consensus curatoris (L. 1 § 14 D. 36, 1: curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, *quoniam necessaria non est curatoris auctoritas ad restitutionem*); но силу подобныхъ актовъ никто не отрицаетъ и для опеки (напр. L. 5 C. 4, 38; L. 1 pr.; L. 5 § 4, 5; L. 7 pr. D. 26, 8).

Общимъ же правиломъ и для попечительства признано тоже, что и для опеки: tutor rem pupilli emere non potest: *idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores*, procuratores, et qui negotia aliena gerunt (L. 34 § 7; L. 46 D. 18, 1). Итакъ, не распространяясь [1]) объ основаніи разсматриваемаго частнаго различенія опеки отъ попечительства скажемъ только, что оно не оправдываетъ правила: tutorem in rem suam auctorem fieri non posse, такъ какъ тоже правило имѣетъ силу и для попечительства, на которое это основаніе не распространяется.

Мы полагаемъ, что, выходя изъ общаго назначенія опеки и попечительства, какъ институтовъ охраненія имущественнаго интереса индивидовъ извѣстной безпомощности, не трудно понять, что запрещеніе опекунамъ и попечителямъ заключать съ опекаемыми обязательственныя сдѣлки узаконено единственно съ цѣлью предупредить злоупотребленія со стороны лицъ съ такимъ вліяніемъ на опекаемыхъ, которымъ ничто не можетъ помѣшать въ исполненіи злаго умысла. Такъ, дѣйствительно общимъ правиломъ запрещалось опекунамъ, какъ совершать всевозможныя обязательственныя сдѣлки съ опекаемыми (L. 5 § 2, 3, 6 D. 26, 8; L. 5 C. 4, 34 срав. съ L. 46 D. 18, 1), такъ и пріобрѣтать по уступкѣ обязательства на опекаемаго (Nov. 72 c. 5), а изъ этого слѣдовало бы, что вообще опекунами не могли быть кредиторы и должники. Общимъ правиломъ дѣйствительно это и было узаконено (Nov. 72 cap. 1—5). Но тутъ уже настоящій мотивъ выступаетъ совершенно наружу, который по связи этого положенія съ другими долженъ распространяться и на эти послѣднія. Недопускался къ опекѣ только такой кредиторъ и должникъ, за которымъ можно было предположить возможность злоупотребленія опекунской властью для достиженія своего интереса (Nov. 72 c. 1..... si quis minorem vel res ejus sibi obligatus habeat, ut hic nullo modo ad tutelam ejus accedat, etsi a legibus vocetur. *Quid enim ille in suam utilitatem non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum adversarii factus est?*.... чит. и дальше). Тѣ же лица, за которыми законъ не могъ сдѣлать этого предположенія, допускались совершенно свободно къ опекѣ, какъ напр. мать (Nov. 94 cap. 1..... namque eam pius et naturalis erga liberos amor a suspicione liberam ut plurimum reddit....), а слѣдовательно L. 1 pr. D. 26, 8 не можетъ имѣть того смысла, какой ему обыкновенно приписываютъ. Мотивомъ, указаннымъ нами,

[1]) Zöpfl стр. 34 и слѣд. весьма подробно и основательно разсмотрѣли положеніе о т. н. unitas personarum.

исчерпывающимъ весь смыслъ фрагмента, объясняется и то, почему запрещалось также заключать обязательственныя сдѣлки и чрезъ подчиненныхъ отцовской власти опекуна сыновей (L. 5 in fin. D. 26,8), даже если бы эти послѣдніе были соопекунами своихъ родителей (L. 7 § 2 D. 26, 8), такъ какъ въ силу patria potestas всякій имущественный прибытокъ filiifamilias обращался къ самому patrifamilias; и почему, напротивъ, дозволялись подобныя сдѣлки, если онѣ заключались при соучастіи независимаго соопекуна (L. 5 pr. § 2 D. 26, 8).

Подобный же интересъ, разумѣется, сознавался Римскими юристами оградить и минора отъ возможности всякихъ обмановъ со стороны попечителя, вотъ почему это правило вообще признано и для попечительства (L. 34 § 7; L. 46 D. 18, 1), а потому слѣдовательно въ данномъ отношеніи оно ничѣмъ не отличается отъ опеки.

Объясненію съ перваго взгляда очевидно противорѣчитъ то, что источники только опекуну предписываютъ особенную обязанность быть вѣрнымъ интересамъ опекаемаго въ силу признанной полной безпомощности послѣдняго.

Дѣйствительно, приводили и это различіе между опекою и попечительствомъ. Только первая обязывала къ особенной вѣрности интересамъ пупилла, такъ что даже въ ряду древнихъ officia стояла на первомъ мѣстѣ (см. Рудорфъ 1 стр. 400; Вангеровъ § 263; Demangeat 1 стр. 394; Вринцъ стр. 1366). Такъ, у Геллія мы читаемъ: Massurius Sabinus in libro juris civilis tertio: In officiis apud majores nostros ita observatum est, *primum tutelae*, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini (Noct. Att. 5, 13, 5 см. слово officium въ L. 7 § 1; L. 30; L. 33 § 1; L. 36 D. 26, 7). Такое опредѣленіе имѣло и практическіе результаты: опекунъ, подвергшійся accusatio suspecti, или обвиненію за dolus и culpa lata, подвергался въ тоже время и безчестію, infamiae (Cic. pro Rosc. 6; Top. 10; de orat. 1, 36; pro Caecina 3; de off. 3, 5; Gaj. 4 § 182; § 6 I. 1, 26; L. 1 D. 3, 2, L. 7 § 1 D. 26, 10) [1]). Такого строгаго послѣдствія, думаютъ, иски по попечительству не влекли за собою. Общимъ основаніемъ подобнаго различія приводятъ опять отношеніе опекуна къ лицу пупилла (Вангеровъ cit.).

Впродолженіе опеки въ древности обыкновенно пупиллъ не могъ судебнымъ порядкомъ обвинять опекуна въ злоупотребленіи своею

[1]) Другіе приводимые иногда (см. Heimbach 13 стр. 381) выводы изъ officium tutoris или не оправдываются источниками, или не находятся ни въ какой связи съ понятіемъ officii.

властью (Gaj. 1 § 191; L. 9 § 4 D. 27, 3), что помимо уже возраста, условливающаго въ большинствѣ случаевъ полную безпомощность, сравниваемую самими источниками съ безпомощностью безумныхъ, нравственно, конечно, налагаетъ на опекуна болѣе отвѣтственности, если онъ воспользуется этою безпомощностью, чѣмъ на попечителя лица, имѣющаго право въ продолженіи самаго попечительства въ любое время обвинить въ злоупотребленіи (L. 26 D. 26, 7; L. 4 § 3; L. 16 § 1 D. 27, 3; L. 1 § 3 D. 27, 4; L. 4 § 4 D. 46, 6) и притомъ обладающаго обыкновеннымъ здравымъ разумомъ. Это объясненіе проще, а потому и болѣе соотвѣтствуетъ простому практическому направленію Римскаго Права. Сказать же, что обязанность быть вѣрнымъ интересамъ пупилла вытекаетъ изъ отношенія къ лицу его, не значитъ еще доказать тѣсной между ними связи, изъ которой непремѣнно вытекала бы эта обязанность. Кромѣ того этому возрѣнію противорѣчитъ буквальный смыслъ цитированныхъ словъ Массурія Сабина, который на ряду съ опекой приводитъ и другіе примѣры одного и того же рода, а именно: отношеніе гостепріимства, кліентства, кровнаго родства и свойства. Къ чему приписывать одному только примѣру особое основаніе, между тѣмъ какъ всѣмъ остальнымъ будетъ основаніе довѣрія? Дѣйствительно, единственнымъ послѣдствіемъ признанія опеки за officium это—infamia, которое влекли за собою всѣ иски по опекѣ. Цицеронъ объясняетъ это послѣдствіе для одного изъ договоровъ, qui infamia notatur (L. 1 D. 3, 2), для договора довѣренности тѣмъ, что тутъ идетъ рѣчь о нарушеніи довѣрія (violat.... fidem Cic. pro Roscio 39 , такъ какъ, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ, perfidiosum et nefarium est, fidem frangere (Cic. pro Rosc. 6).

Если же у Сабина на первомъ мѣстѣ поставлена officium tutelae, то это само собою разумѣется, такъ какъ полная безпомощность опекаемаго предполагаетъ и большаго довѣрія къ опекуну, чѣмъ всѣ остальныя officia. Такъ, тотъ же Геллій говоритъ (5, 13, 2):... ex moribus populi Romani primum juxta parentes locum tenere pupillos debere, *fidei tutelaeque nostrae creditos* и дальше слова Катона (5, 13, 4): quod majores *sanctius habuere defendi pupillôs, quam clientem non fallere.*

Итакъ, не признавая объясненія officii tutelae, мы тѣмъ въ то же время уничтожаемъ связь этого опредѣленія съ сущностью опеки, т. е. если officium tutelae не условливается сущностью опеки, то и не можетъ быть приводимо, какъ признакъ, отличающій ее теоретически отъ попечительства.

Мало того, въ силу выше сказаннаго объ исторіи попечительства опредѣленіе Сабина должно касаться и тѣхъ видовъ попечительства, которые носили и названіе, и характеръ опеки, а именно попечительства надъ безумными и первоначально надъ расточителями. А этими видами ограничивалось все попечительство въ то время, когда уже составилось понятіе officii. Но съ другой стороны, судя по положительнымъ даннымъ, и попечительство надъ минорами мы въ правѣ подчинить одному и тому же опредѣленію. Въ позднѣйшемъ правѣ частными опредѣленіями мѣра нравственной отвѣтственности за всякое злоумышленное нарушеніе обязанностей какъ по отношенію къ опекаемому, такъ и минору была совершенно одна и таже. Такъ напр. запрещалось опекунамъ и попечителямъ вступать въ бракъ самимъ или давать согласіе на это своимъ дѣтямъ, съ пупиллами и минорами (L. 59, 60, 67 §§ 4, 5 D. 23, 2; L. 7 C. 5, 6; L. 17 C. 5 62). Нарушеніе этого запрещенія влекло за собою infamiam опекуна и попечителя. Объясняется это послѣдствіе тѣмъ, quia hujus modi conjunctione fraudem administrationis tegere laboravit (L. 67 § 1, 3 D. 23, 2; L. 63, 64 § 1 D. cod. срав. съ L. 7 C. 5, 6). И такъ, было ли cura officium или нѣтъ, но только въ позднѣйшемъ правѣ нравственная обязанность попечителя по отношенію къ интересу минора, признавалась такою же священной, какъ и обязанность опекуна. Дѣйствительно, послѣдствіе признанія опеки за officium находимъ и для попечительства. Такъ, когда выдѣлились изъ опеки нѣкоторые виды попечительства, на нихъ распространили accusatio suspecti, признаннаго XII Таблицами только для опеки (L. 1 § 2 D. 26, 10). Тоже самое слѣдуетъ сказать и объ actio rationibus distrahendis (L. 55 § 1 D. 26, 7). Теперь, такъ какъ никто изъ писателей по Римскому Праву не сомнѣвался въ одной и той же природѣ этихъ исковъ для опеки и попечительства, напр. надъ безумными, то мы въ правѣ допустить одни и тѣже послѣдствія въ обоихъ случаяхъ, а именно infamiam. Мало того, мы утверждаемъ, что и позднѣйшіе иски по попечительству влекли за собою infamiam. Правда, послѣднее положеніе прямо противоположно господствующему въ литературѣ, но тѣмъ не менѣе, мнѣ кажется, безспорно достовѣрно. Actio tutelae замѣнилъ, какъ мы видѣли выше, для многихъ случаевъ actio rationibus distrahendis и притомъ такъ, что по дѣйствіямъ было безразлично употребленіе того или другаго иска (L. 1 § 21 D. 27, 3). Причина замѣны одного иска другимъ, какъ мы видѣли, лежала не въ особенностяхъ ихъ, а въ перемѣнѣ положенія опекуна. А такъ какъ utilis curationis causa

actio сталъ въ тоже положеніе къ actio rationibus distrahendis, въ какое и actio tutelae, то о послѣдствіяхъ его нельзя и сомнѣваться. Это заключеніе тѣмъ болѣе раціонально, что неосновательно было бы допустить различныя послѣдствія для исковъ съ однимъ и тѣмъ же основаніемъ, такъ какъ fides, основаніе infamiae, предполагается и при попечительствѣ, и всего яснѣе при попечительствѣ надъ минорами, такъ какъ назначеніе его въ принципѣ принадлежитъ самому минору, какъ бы по довѣренности управлять его имуществомъ, т. е. основаніе одно и тоже, что и для mandatum, societas, depositum, fiducia, tutela (L. 1 D. 3, 2), а именно довѣріе.

Впрочемъ, во всякомъ случаѣ, вѣрно ли наше разсужденіе для utilis curationis causo actio или нѣтъ, но такъ какъ древность знала только два иска, accusatio suspecti и actio rationibus distrahendis, и оба влекли за собой infamiam,—какъ оба признавались и для попечительства, на infamia же составилось понятіе опеки, officium, — то слѣдовательно тоже понятіе мы обязаны распространить и на попечительство.

Если источники ясно и не упоминаютъ его между officia, то это могло быть вопервыхъ потому, что попечительство въ то время, о воззрѣніяхъ котораго говоритъ Катонъ (Gell. 5, 13, 4), не существовало; во вторыхъ подъ словомъ tutela часто не только неюридическіе писатели, но и юридическіе источники подразумѣваютъ и попечительство (см. ниже); а въ третьихъ, наконецъ, могла быть недомолвка, какъ напр. недомолвлено у Цицерона о contractus famosi, нѣкоторые изъ которыхъ были въ его время уже извѣстны (Cic. pro. Rosc. 6 срав. съ L. 1 D. 3, 2). Во всякомъ случаѣ, принять или не принять одно изъ этихъ объясненій, все таки наше положеніе останется въ силѣ, такъ какъ за него остаются хотя бы логическія данныя, а не одно молчаніе источниковъ, на которомъ основано противное мнѣніе и опираясь на которое не пришлось бы и вовсе систематизировать римское право въ науку.

Итакъ, вотъ и съ другой стороны оказывается неудобнымъ признакъ officii выставлять, какъ признакъ, отличающій опеку отъ попечительства.

Въ общемъ же результатѣ можно сказать, что теоретическая сущность опеки и попечительства не условливается, если даже и признать слова Сабина именно въ томъ смыслѣ, какъ ихъ приводятъ обыкновенно при различеніи опеки отъ попечительства.

Помимо вопроса о значеніи этого признака при различеніи обоихъ институтовъ смыслъ его прямо противорѣчитъ другому обыкновен-

ному же воззрѣнію на древній характеръ опеки въ отличіе отъ попечительства. Признаніемъ опеки за officium вносится въ ея характеръ непремѣнно признакъ обязанности. Послѣ словъ Геллія странно было бы отрицать, что учрежденіе опеки съ древнѣйшихъ временъ имѣло въ виду единственно интересъ пупилла, на что указываетъ помимо общаго опредѣленія, опредѣляющаго и отвѣтственность опекуна, и тѣ примѣры, которые сопоставлены Гелліемъ въ общей фразѣ. Между тѣмъ, упуская изъ виду, какое логическое противорѣчіе возбуждается противнымъ воззрѣніемъ, всѣ писатели [1]), затрогивавшіе этотъ вопросъ, высказывались за ту мысль, что опека въ древности носила характеръ права самого опекуна (см. напр. Segerus стр. 102 и слѣд.; Hugo Gesch, 3 изд. § 61; Schroeter стр. 34 и слѣд.; Löhr Mag. 3 H. 1; Zimmern § 232; Müller стр. 653; Böcking Instit. § 44 b.; Bülow Abh. I, 10; Arnold Cultur u. Recht d. Röm. стр. 383; Sintenis § 144 прим. 1) Этого положенія нельзя было распространить по крайней мѣрѣ для нѣкоторыхъ видовъ попечительства, а потому и выходило общетеоретическое различіе между обоими институтами.

Оставивъ свидѣтельство Геллія, разсмотримъ основанія этого воззрѣнія.

Итакъ, по всеобще принятому мнѣнію въ древнія времена опека учреждалась не въ интересѣ самого пупилла, а какъ право (jus agnationis) самого опекуна на сохраненіе имущества, которое можетъ по праву законнаго наслѣдованія со временемъ перейти къ нему (...ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur (Ulp. L. 1 pr. D. 26, 4 или Gaj. 1 § 192); только уже въ позднѣйшія времена, съ измѣненіемъ взгляда на опеку, ее стали разсматривать, какъ институтъ, имѣющій въ виду интересъ одного пупилла, а для опекуна приносящій только обременительныя (onus) обязанности. Въ силу будто бы этой измѣнившейся сущности опеки и образовалась цѣлая система excusationum.

Согласиться съ этимъ положеніемъ, какъ въ общемъ, такъ и во всѣхъ частностяхъ его проведенія, окончательно не можемъ, имѣя

---

[1]) Разумѣется, намъ не удалось достать весьма многихъ монографій по опекѣ и попечительству, заглавія которыхъ помѣщены, положимъ, въ каталогахъ Липеніуса и продолженіяхъ его; но смѣемъ утверждать, что будь въ одной изъ нихъ высказано противное, то едва ли объ этомъ не было бы упомянуто у Глюка или Рудорфа. Хотя, правда, многіе ученые и обходили вопросъ молчаніемъ, см. напр. Haimberger § 160; Günther Principia jur. civ. § 501.

въ виду множество логическихъ противорѣчій съ другими положеніями римскаго права.

Скажемъ сначала объ опекѣ вообще, а затѣмъ о tutela sexus въ особенности.

Какое могло быть основаніе того, что взглядъ на сущность опеки измѣнился впослѣствіи? Вѣдь тѣже, признанные ближайшими къ пупиллу, родственники получали надъ нимъ опеку по закону; также легко могъ умереть пупиллъ и непремѣнно intestato (impubes не могъ составлять завѣщанія даже tutore auctore) и потому тотъ же интересъ былъ для родичей въ охраненіи имущества его, а ихъ будущаго наслѣдства.

Далѣе, какъ согласить разсматриваемое положеніе съ древнѣйшимъ происхожденіемъ accusationis tutoris suspecti? Если опека разсматривалась какъ охраненіе будущей собственности опекуна, то въ случаѣ смерти пупилла intestato, недобросовѣстностью опекуна не нарушается ничье право. Если же пупиллъ переживетъ возрасть несовершеннолѣтія, то опекунъ отвѣчалъ ему самъ по actio rationibus distrahendis. Слѣдовательно, не будетъ ли вчинаніе этого общественнаго иска имѣть въ виду скорѣе интересъ одного пупилла, а не охраненіе имущественнаго интереса самого обивняемаго совершеннолѣтняго опекуна въ случаѣ смерти пупилла intestato? и т. д.

Также мало состоятельности и въ частностяхъ проведенія разсматриваемаго положенія.

Такъ, указываютъ, что одними и тѣми же выраженіями опредѣляется источниками, какъ семейная, такъ и опекунская власть, а именно: potestas (potestatis verbum ad omnes qui sunt alieno jure snbjecti, porrigendum est (L. 1 § 4 D. 14, 4; L. 1 § 5 D. 15, 1; L. 20 § 1 D. 28, 1 срав. съ L. 1 pr. D. 26, 1; § 1, I., 13; Cic. de invent. 2, 50; Auct. od H. 1, 13; О значеніи слова «potestas» см. у Шрётера de nexu tutelae et juris succedendi Стр. 1—13), manus (Plautus Trucul. act. 4 sc. 4 V. 6 (*mansuetor*); Liv. 34, 2; Gellius Noct. Att. 5, 19). Но одними и тѣми же выраженіями могутъ обозначаться только одни и тѣ же понятія, а потому слѣдовательно опека должна разсматриваться какъ институтъ тождественный или по крайней мѣрѣ аналогичный семейной власти (см. напр. Struvius Syntagma ad. L. 26 t. 1; Meyer § 1; Schweppe Rechtsg. § 420; Sintenis § 130 прим. 2; Müller § 175; Келлеръ § 423), т. е. власти отца надъ дѣтьми, или мужа надъ женой.

Собственно въ задачу нашего труда не входитъ разсмотрѣніе во-

проса о юридической сущности опекунской власти, а потому теперь приведемъ только то, что можетъ служить опроверженіемъ одного изъ доказательствъ разсматриваемаго воззрѣнія.

Римская опека никоимъ образомъ не можетъ считаться за суррогатъ семейной власти. Patria potestas была такимъ исключительнымъ отношеніемъ главы семейства къ домочадцамъ, что о какой либо аналогіи Римляне не могли и думать. Геллій говоритъ (Noct. Att. 5, 19): tutoribus in pupillo tantam esse auctoritatem potestatemque fas non esse... Это уже-общее непризнаніе аналогіи. Въ частности допустить ее нельзя вопервыхъ уже потому, что сынъ подъ отцовскою властью могъ имѣть особаго опекуна, напр. для администраціи peculii adventitii extraordinarii (L. 8 § 1 C. 6, 61; Nov. 117 c. 1); во вторыхъ самъ отецъ могъ быть опекуномъ своего сына (Inst. 1, 18). Слѣдовательно, отцовская власть рѣзко отличалась отъ опекунской (см. еще Gaj. 1 § 142; pr. I. 1, 13 sui juris см. Löhr Mag. 3 nr. 14 стр. 459, 460; Zimmern § 232 not. 16). Такъ, даже необходимое средство выраженія отцовской власти, interdictum de liberis exhibendis, не принадлежало опекуну (Zöpfl стр. 12). Въ результатѣ же мы должны признать, что слово «potestas», употребляемое иногда для выраженія, какъ отцовской власти, такъ и опеки, для послѣдней имѣетъ общій, а не техническій смыслъ (см. Дабеловъ 3 стр. 509; Zöpfl стр. 28 и слѣд.). А подобная ссылка, какъ: tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt (Frag. Vatic. § 304), можетъ выражать только нравственную сторону отношеній опекуна къ пупиллу, но не юридическій ихъ характеръ. Дѣйствительно, этими словами только мотивируется исключеніе изъ постановленій Legis Cinciae (см. Frag. Vatic.§ 303).

Иногда (см. напр. Rossbach Ehe стр. 399) мысль объ аналогіи семейной власти ограничиваютъ одною tutela muliernm, но такъ какъ положительныя доказательства этого ограничительнаго мнѣнія одни и тѣже для всѣхъ видовъ опеки, то слѣдовательно сказанное имѣетъ силу и для даннаго ея вида. Большая же или меньшая позднѣйшая строгость опеки надъ женщиной, какъ вообще и всякой опеки, не опредѣляетъ еще теоретической ея сущности (о прочихъ положеніяхъ критикуемаго воззрѣнія см. у Zöpfl стр. 34 и слѣд.; Montanus стр. 16).

Кажется, достаточно и этихъ немногихъ словъ, чтобы видѣть, насколько справедливо проводить аналогію между опекой и семейной властью, но, собственно говоря, мысль объ этой аналогіи могла воз-

никнуть только въ силу того обстоятельства, что считалось необходимымъ опекунское право подвести подъ одну изъ извѣстныхъ уже въ гражданскомъ правѣ категорій правъ. Слѣдовательно, если даже и отказаться отъ мысли объ этой аналогіи то остается все таки доказать, что опека не можетъ быть опредѣлена понятіемъ права вообще, безъ отношенія къ какимъ бы то ни было другимъ гражданскимъ правамъ. Опека учреждается въ виду недѣеспособности извѣстныхъ лицъ, слѣдовательно общее назначеніе ея сводится къ замѣнѣ этой недѣеспобности дѣеспособностьюдругаго лица, — опекуна. Если же опека можетъ открыться лицу только дѣеспособному, то теряетъ непремѣнно характеръ права уже потому, что пріобрѣтать и обладать правами могутъ и лица недѣеспособныя. Поэтому въ смыслѣ разсматриваемаго воззрѣнія необходимо было принять, что опекуномъ могли быть и несовершеннолѣтніе, и безумные, по общему правилу объ открытіи опеки по закону. Насколько достовѣрно подобное положеніе, выяснится изъ анализа частныхъ основаній этого положенія.

Итакъ, что опека переходила къ ближайшему наслѣднику пупилла, причемъ главнымъ образомъ заботились только объ интересѣ самаго опекуна, видѣли (см. напр. Cujacius Observ. 17, 28; Böcking Inst. § 45, в) въ правѣ на опеку по закону даже безумнаго, глухаго, нѣмаго и несовершеннолѣтняго (...si legitimum tutorem pupillum habeat Ulp. 11 § 20; § 13 I. 125; Ulp. 11 § 21; § 6 I. 1, 23; L. 5 § 2 D. 26, 4; L. 12 pr. D. 27, 1; Frag. Vat. § 238, и др.).

Едва ли кто и сомнѣвался въ зависимости отъ права на наслѣдство назначенія въ опекуны. Но эта зависимость не можетъ быть формулирована фразой: кто имѣетъ право наслѣдованія, тотъ имѣетъ и *право* на опеку. Опека поручается будущему наслѣднику пупилла не потому, что тотъ получитъ, быть можетъ, со временемъ опекаемое имущество въ собственность, а потому, что онъ ближайшій родственникъ пупилла. Родство же условливало и право наслѣдованія. Слѣдовательно, не какъ наслѣдникъ, а какъ ближайшій родственникъ обязывалось извѣстное лицо принять на себя опеку. Подтверждается наша мысль столь вѣскимъ практическимъ примѣромъ, что, кажется, только голословная софистика можетъ ее оспаривать. Такъ, могло случиться, что опекунъ не могъ быть наслѣдникомъ опекаемаго и наоборотъ наслѣдникъ не могъ быть опекуномъ. Напр. съ древнѣйшихъ временъ возможна была завѣщательная substitutio, которая могла и не касаться ближайшаго агната, а между тѣмъ этотъ послѣдній все таки не освобождался отъ опеки. Съ другой стороны, женщина не ли-

шалась права наслѣдства, но опеки принять не могла (L. 1 § 1 D. 26, 4; L. 73 pr. D. 50, 17). И тутъ опять могло случиться, что какой нибудь gentilis вовсе лишался даже надежды на наслѣдство, а опеку принять обязанъ былъ на себя. Приведемъ примѣры. Такъ: si sit consanguinea pupillo, то наслѣдство шло ad agnatam, а tutela ad agnatum (L. 1 § 1 D. 26, 4 см. L. 10 pr. D. eod.). Еще: патронъ умираетъ, оставляетъ дочь и сыновей. Несовершеннолѣтняго отпущенника онъ назначаетъ (assignatio liberti) дочери. Тогда выходитъ, что tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit (L. 1 § 3 in fin. D. 26, 4). Извѣстно, что патронъ со своимъ семействомъ разсматривался, какъ агнатъ вольноотпущеннаго. Или еще: рабъ, принадлежавшій мужчинѣ и женщинѣ, въ качествѣ condominium, отпускается обоими на волю. Затѣмъ мужчина патронъ умираетъ, оставляя сына. Послѣдній обязанъ отправлять опеку, а наслѣдство переходило къ патроншѣ (L. 1 § 1 D. 26, 4). Конечно, предполагается, что manumissio была полная, т. е. что отпущенники пріобрѣли отпущеніемъ право римскаго гражданства, такъ какъ Latinus Junianus умиралъ всегда рабомъ (Gaj. 3 § 56), а потому его имущество должно было дѣлиться между патроншей и сыномъ патрона, какъ condominium (Gaj. 3 § 60). Еще примѣръ: наслѣдодатель-патронъ ассигнируетъ вольноотпущеннаго одному изъ своихъ дѣтей; прочіе лишаются права наслѣдованія послѣ него, а опеку обязаны отправлять во время несовершеннолѣтія вольноотпущеннаго (L. 1 § 3 D. 26, 4). Наконецъ, опека надъ несовершеннолѣтнимъ отпущенникомъ, если manumissio произведено только владѣльцемъ его, какъ dominium bonitarium, принадлежитъ лицу, имѣвшему на него nudum jus Quiritium, а наслѣдовалъ по его смерти патронъ (Gaj. 1 § 167; Ulp. 11 § 19).

Впрочемъ общимъ правиломъ къ опекѣ призывались ближайшіе родственники. Этимъ объясняется, почему между опекунами упоминаются и impuberes, furiosi. Что не право на наслѣдство было поводомъ ихъ назначенія (см. Gothofredus In tit. Pan. de div. Reg. jur ant. стр. 317), въ томъ не трудно убѣдиться, если скажемъ, что furiosi и impuberes могли быть назначаемы въ опекуны и по завѣщанію. Какой же характеръ носило подобное назначеніе? Отвѣтъ находимъ въ § 2 I. 1, 14: «furiosus vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, quum compos mentis aut major vigintiquinque annis factus fuerit (см. L. 11 D. 26, 1; L. 10 § 3; L. 32 § 2 D. 26, 2), т. е. назначеніе это будетъ подъ условіемъ (Schilling

Bemerkung. стр. 52; Zimmern стр. 899 not. 5; Wening § 415) достиженія полнаго совершеннолѣтія или здраваго разсудка. Иначе сказать, несовершеннолѣтній и безумный становятся опекунами только тогда, когда удовлетворятъ условіямъ обыкновеннаго опекуна, т. е. будутъ совершеннолѣтними и со здравымъ смысломъ. Все же время до достиженія этихъ условій опекунами будутъ не они, а другія лица (L. 10 § 7 D. 27, 1; L. 11 pr. D. 26, 2 [1]); L. 5 § 2 D. 26, 4).

Въ частности для несовершеннолѣтнихъ въ источникахъ вездѣ можемъ встрѣтить такія выраженія, которыя ясно говорятъ намъ, что опекунами въ полномъ смыслѣ могли быть одни совершеннолѣтніе: itaque masculus quidem impubes fratrem (непремѣнно) *puberem* aut patruum habet *tutorem* (Gaj. 1 § 157). Или: Sed ad liberos virilis sexus *perfectae aetatis* descendunt legitimae (L. 16 D. 26, 1). Или: Si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio: constat, utrosque esse tutores, si *perfectae aetatis* sunt. Мать имѣла право просить о назначеніи себя въ опекуны только съ достиженіемъ 25 лѣтъ (L. 2 § 3 C. 5, 36 см. Emmerich въ Zeitschr. f. Civilr. u. Process m. 3 стр. 210) и т. д.

Въ частности для безумныхъ былъ даже споръ между римскими юристами. Такъ, если безумный назначается опекуномъ безусловно, то нѣкоторые юристы, напр. Прокулъ, считали такое назначеніе просто ничтожнымъ (L. 10 § 3 D. 26, 2). Другіе же, въ томъ числѣ и Юстиніанъ, приняли подразумѣваемую условность (§ 2 I. 1, 14; L. 11 D. 26, 1; L. 10 § 8; L. 12 D. 27, 1).

Обращаемся теперь къ опекѣ по закону. Если несовершеннолѣтній и безумный, назначенные опекунами по завѣщанію, по закону разсматривались, какъ условно назначенные (Duarenus стр. 364), то отчего бы при однихъ и тѣхъ же основаніяхъ не признать такого же условнаго опекунства несовершеннолѣтнихъ и безумныхъ, призываемыхъ къ опекѣ по закону [1]). Вѣдьщее правило о допущеніи къ опекѣ однихъ совер-

---

[1]) Въ первомъ фрагментѣ Модестинъ говоритъ, что если опекуномъ будетъ назначенъ миноръ XXV annis, то dum minor est, non gravatur: *interim* (ἐν τοσούτῳ) *tamen alius curator creabitur*... Во второмъ говоритъ Ульпіянъ: si quis *sub conditione vel ex die* tutorem dederit, *medio tempore alius tutor* dandus est. Нѣтъ сомнѣнія, что первое положеніе—только выводъ изъ втораго общаго. О безумномъ слѣдуетъ сказать тоже, такъ какъ способъ выраженій одинъ и тотъ же (срав. L. 12 pr. D. 27, 1 съ L. 11 pr. D. 26, 2).

[1]) См. L. 17 D. 26, 1 въ связи съ L. 10 § 1 D. 26, 4, который читается: Surdus et mutus nec legitimi tutores *esse* possunt: quum nec testamento.

шеннолѣтнихъ и безъ душевныхъ болѣзней одно и тоже, какъ для tutela testamentaria, такъ и legitima (Gaj. I §§ 157, 177—179; L. 16 § 1 D. 26, 1; L. 4, 8 D. 26, 4; L. 10 § 7 D. 27, 1; L. 9 § 1 D. 27, 3).

Къ чему же въ первомъ случаѣ отвергать вовсе опеку до достиженія условія, а во второмъ только осуществленіе ея, (см. напр. Рудорфъ 1 стр. 198, 199, 402, II стр. 20; Heimbach Rechtslex. 13 стр. 350,730). Ни практическаго, ни теоретическаго смысла подобное различіе не имѣетъ, да и не оправдывается источниками (см. напротивъ L. 10 § 1 D. 26, 4 срав. съ L. 1 §§ 2, 3 D. 26,1; Frag. Vat. § 238; L. un. C. 5,67). А потому, какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ, мы не можемъ допустить опеку этихъ лицъ не только въ осуществленіи ея, часто даже возможномъ и до достиженія требуемыхъ условій, но даже въ законной его возможности. Потому-то немыслимъ практическій примѣръ взаимной опеки другъ надъ другомъ двухъ несовершеннолѣтнихъ близнецовъ (выдумка *Нидо* Rechtsg. 6 Auf. стр. 103 прим. 1, Schweppe Rechtsg. § 430; Löhr стр. 15), такъ какъ въ общемъ est incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire § 13 l. 1,25.

И такъ, что же выходитъ? Опекунами безумные и несовершенно-

---

nec alio modo tutores utiliter dari possint. Рудорфъ (1 стр. 402 прим. 25) по Куяцію (observ. 17, 28) толкуетъ этотъ фрагментъ въ томъ смыслѣ, что глухіе и нѣмые получаютъ jus tutelae (defertur tutela), но ne administratio tutelae. Дѣйствительно, въ источникахъ можно встрѣтить подобныя выраженія, какъ:... alii Praetor administrationem dat.... quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur (L. 13 D. 27, 10), но что во первыхъ слово «administratio» употреблено въ смыслѣ полнаго попечительства, свидѣтельствуютъ начальныя слова:... ad alium... curatio furiosi aut prodigi pertinet. Во вторыхъ интерпретація Рудорфа даже нелогична съ юридической стороны. Если безумный лишается только administratio, оставаясь опекуномъ in jure, то по древнему принципу, tutorem habenti tutor non datur (§ 5 I. 1, 23; L. 27 pr. D. 26, 2; L. 10, 11 D. 26, 5; L. 21 § 4; L. 37 D. 27, 1; L. 9 C. 5, 31; L. 9 C. 5, 32; L. 4 C. 5, 36), слѣдовало бы, что на другое лицо переходила одна administratio bonorum, но такъ какъ administratio bonorum опекуна опредѣлялась характеромъ древней опеки (domini loco tutor habetur L. 27 D. 26, 7), единственной формой, смягчавшей древнее начало о недопущеніи представительства, то Рудорфу слѣдовало бы опредѣлить основаніе и характеръ дѣятельности своего администратора или допустить при самомъ образованіи положенія (tutorem habenti tutor non datur) исключенія изъ него. Итакъ, не допуская натяжекъ, цитированный выше фрагментъ мы должны понимать въ томъ смыслѣ, что вмѣсто индивидовъ, неспособныхъ къ принятію опеки, назначаются опекунами другіе.

*

лѣтніе ни по завѣщанію, ни по закону быть не могли. Права же наслѣдованія они не лишались чрезъ это. Слѣдовательно, зависимость опеки отъ права наслѣдованія, какъ права на охраненіе будущей собственности опекуна, и въ данномъ случаѣ не доказана; а потому снова опредѣленіе опеки, какъ права опекуна, оказывается несостоятельнымъ.

Кромѣ полной неосновательности только что разсмотрѣнныхъ доказательствъ господствующаго мнѣнія, противъ него будетъ и множество свидѣтельствъ источниковъ, хотя и не прямо относящихся къ разсматриваемому вопросу. Такъ напр. Гай говоритъ (I § 172.), что большинство юристовъ допускало in jure cessio tutelae fiduciariae. Но что такое tutela fiduciaria? Вполнѣ разъяснилась сущность этой опеки только съ открытія Нибуромъ полнаго Гайя (см. Zimmern Ueber fiduciaria tutela въ Römischrechtl. Untersuch. f. Wiss. und Aus. 1821 г. Nar 8 срав. напр. съ Heineccius Elem. § 196). Отъ него мы узнаемъ, что это была опека извѣстнаго рода manumissorum и дѣтей patris emancipantis надъ извѣстнымъ образомъ освобожденными отъ власти лицами. Намъ важно только то, что tutela fiduciaria должна быть разсматриваема, какъ видъ опеки по закону. Обязанность принять эту опеку открывается по закону, а не по иному основанію. А слѣдовательно tutela fiduciaria, согласно разсматриваемому мнѣнію, должна составлять также право опекуновъ, а не обязанность по отношенію къ опекаемому. Но на первыхъ шагахъ этому взгляду противорѣчитъ уже то, что опека эта не можетъ быть уступаема другому. Остается рѣшить еще одинъ вопросъ. Принимая tutelam fiduciariam за право опекуновъ, необходимо обмотивировать его правомъ на наслѣдство по смерти опекаемаго, иначе такое право не будетъ имѣть реальнаго содержанія и какъ такое не можетъ быть разсматриваемо въ Гражданскомъ Правѣ. Но этой то связи права на наслѣдство съ правомъ на tutela fiduciaria и нельзя никакимъ образомъ доказать. *Напротивъ, большинство tutores fiduciarii былилишены права на наслѣдство по закону послѣ опекаемыхъ.* Такъ во первыхъ между эманципированными дѣтьми и не эманципированными ихъ братьями и сестрами по закону не допускалось право наслѣдованія, хотя послѣдніе были, въ случаѣ смерти отца, tutores fiduciarii первыхъ (см. *Thibaut* civ. Abhand. стр. 293, 300). Только конституціею Анастасія предоставлено имъ было это право (§ 1 I. (III, 5); L. 4 C. 5, 30; L. 5 C. (5,70); L. 15 § 1 C. (6, 58.). Точно столько же во вторыхъ имѣлъ права и tutor ex

coemptione fiduciae causa. Если же Extraneus manumissor ex mancipio, какъ опекунъ по закону, получалъ право наслѣдованія по закону (см. Collat. Leg. Mos. Tit. 16 sub fin.; Gaj. 3 § 40; § 1 I. 3, 9), то только потому, что manumissus ex causa mancipii разсматривался совершенно какъ libertinus ex servitute. Отъ этого же послѣдняго наслѣдство поступало къ патрону, какъ ближайшему агнату (см. Huschke Studien m. 1 стр. 95; см. напр. L. 94 D. 30; L. 195 D. 50,16; L. 5 C. 6, 38; L. 9 D. 37,15 и т. д.). Слѣдовательно опять родство было основаніемъ права наслѣдованія, какъ родство, хотя гражданское и одностороннее, вело за собой обязанность опекать manumissum (Ulp. 11 § 3; L. 1 pr.; L. 3 pr. D. 26, 4).

И такъ, tutela fiduciaria, какъ видъ tutelae legitimae [1]), въ большинствѣ случаевъ не соединялась съ правомъ на наслѣдство по смерти опекаемаго и никогда не предоставляла права in jure cessionis ея. Трудно послѣ того подобную опеку назвать правомъ, предоставляющимъ однѣ только обязанности его обладателямъ.

Кромѣ разсмотрѣнныхъ основаній господствующаго мнѣнія думали (напр. см. *Hugo* Rechtsg. 10 изд.—стр. 149) подтвердить его еще тѣмъ, что опекуновъ могло быть нѣсколько, т. е. всѣ лица одной и той же степени родства призывались въ одно время къ опекѣ (Gaj. I § 164. § 7 I. I, 16; L. 8 D. 26, 4), а отсюда заключали, что всѣ они имѣли на этотъ призывъ право, такъ какъ для отправленія опеки часто совершенно достаточно одного лица (L. 24 § 1 D. 26, 7.... quia duo simul agere non possunt; L. 4 D. 26,8). На это возраженіе будетъ весьма краткое. Будь положеніе о призывѣ всѣхъ родственниковъ одной и той же степени выраженіемъ права ихъ на опеку, то къ чему, когда уже установилось начало: utilitatem pupillorum Praetor sequitur (Gaj. I § 158 fin.; L. 10 pr. D. 16,3; L. 10 § 7 D. 27, 1 etc.) ему слѣдовали до конца? На это писатели господствующихъ мнѣній не дадутъ отвѣта, а мы отвѣтимъ:-потому что обязанность принять на себя опеку условливается близостью родства къ пупиллу, такъ что всѣ лица одной степени призываются къ отправленію этой обязанности, и чѣмъ ихъ больше, тѣмъ лучше

[1]) Zimmern стр. 872 и слѣд.; Schweppe R. Rechtsg. § 424 стр. 613. Но Рудорфъ (1 стр. 238 и слѣд.) думаетъ иначе и едва ли правильно. Онъ въ данномъ случаѣ называетъ опеку—legitima не по способу delationis, а по извѣстному характеру ея; между тѣмъ какъ Римляне въ подраздѣленіи опеки на: testamentaria, legitima и т. д. выходили только изъ способа ея delationis (Ulp. 11 § 3... qui ex lege aliqua descendunt... см. весь Lib. 26 Dig.; Pr. § 2 I. 1, 15).

не для нихъ, а для пупилла. Сколько бы ни было опекуновъ, часто управляетъ всего одинъ (utt per unum administretur... ne per multos tutela spargatur (L. 3 § 6 pr. D. 26,7; L. 24 § 1 D eod.):— L. 1 C. si ex plurib. tutor. unus agere pro minore vel conveniri potest 5, 40), а отвѣчаютъ всѣ (L. 3 § 2; L. 18 § 1; L. 24 § 1; L. 38; L. 39 § 11; L. 55 pr. § 3 D. 26, 7; L. 17 pr. D. 26, 2; L. 4 D. 26,8; L. 14 § 5 D. 46,3 см. Brinz стр. 1340). Слѣдовательно опять таки положеніе писателей господствующаго мнѣнія не выдерживаетъ критическаго анализа.

До сихъ поръ мы разсматривали общія всѣмъ видамъ опеки основанія господствующаго воззрѣнія, обратимся теперь къ опекѣ надъ женщинами, исторія и сущность которой, думаютъ, представляютъ особенно вѣскія данныя, послѣ которыхъ сомнѣніе невозможно. Такъ прежде всего ссылаются на in jure cessio tutelae, которая дѣйствительно съ перваго взгляда можетъ представлять нѣкоторыя затрудненія противникамъ господствующаго положенія. Такъ, во первыхъ in jure cessio опеки дозволялась опекуну только legitimo и fiduciario. Объяснить, почему это же право не предоставлялось опекуну по завѣщанію и назначенію властей, всего легче положеніемъ: въ первомъ случаѣ опека составляетъ право опекуна, а потому по произволу можетъ быть отчуждаема; во второмъ же случаѣ напротивъ имѣется въ виду только интересъ опекаемаго, а слѣдовательно in jure cessio опеки со стороны опекуна могло быть разсматриваемо, какъ освобожденіе отъ обязанностей, что ужъ, конечно, личному усмотрѣнію лица обязаннаго не подлежало.

Но принимая подобное объясненіе, мы консеквентно должны были предоставить согласно критикуемому положенію то же право уступать опеку и tutoribus pupillaribus (см. Hugo Lehrb der röm. Rechts. стр. 119; Heidelb. Zeitschr. за 1823 г. стр. 953). Спрашивается: чѣмъ объяснить это различіе при однихъ и тѣхъ же правахъ? Въ интересѣ господствующаго мнѣнія различія въ основаніяхъ не допускали, а разрѣшали вопросъ различіемъ результатовъ той и другой опеки. Tutor pupillaris изъ управленія имуществомъ становился въ обязательственное отношеніе къ опекаемому, которое и выражалось въ правѣ послѣдняго на искъ. Женщина иска этого не имѣла (Gaj. I § 191), слѣдовательно и обязательство между нею и опекуномъ не предполагалось. Такимъ образомъ въ первомъ случаѣ in jure cessio tutelae вело къ отчужденію не только права, но и обязанности, чего въ юридическомъ быту, разумѣется, допустить нельзя (Scheurl Beiträge XIII стр. 4). Это

единственное извѣстное мнѣніе, разрѣшающее заданный вопросъ, прямо подкрѣпляющее господствующее воззрѣніе на древнюю опеку, можетъ быть смѣло названо научно недобросовѣстнымъ. Такъ, въ доказательство того, что женщина лишалась права требовать отчета въ управленіи опекуна и подвергать этого послѣдняго въ извѣстныхъ случаяхъ отвѣтственности, цитируютъ слова Гайя I § 191: cum tutore nullum ex tutela judicium *mulieri* datur. Цитируя такимъ образомъ фрагментъ Гайя, вопервыхъ начинаютъ не съ начала и не досказываютъ конца. Началомъ же служитъ слово «Unde» указывающее, что цитированныя слова составляютъ выводъ изъ предъидущихъ положеній. Въ предъидущемъ же фрагментѣ мы читаемъ, что feminas perfectae aetatis ipsae sibi negotia tractant: et in quibusdam causis *dicis gratia* tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam *invitus auctor fieri a Praetore cogitur*. Разумѣется, если не управляю чьимъ либо имуществомъ, то и не отвѣчаю за управленіе другихъ или самихъ хозяевъ, а въ administratio bonorum и состояла главная обязанность опекуна. Другой случай, могущій дать поводъ къ отвѣтственности опекуна предъ опекаемой, а именно: auctoritatis interpositio, опять таки въ силу принудительнаго характера (см. напр. Plaut. Trucul. act. 4 sc. 4 vers. 6) не можетъ влечь за собой этой отвѣтственности [1]). Вотъ почему также при позднѣйшей tutelae sexus немыслимо было и удаленіе опекуна по обвиненію въ недобросовѣстности (accusatio suspecto. (Гай (I. § 182) и Ульпіанъ (XI § 23) говорятъ только объ accusatio tutoris pupilli pupillaeque). Что опекунъ не избѣгаетъ отвѣтственности, что женщина получаетъ, какъ и pupillus, право иска во всѣхъ случаяхъ, когда справедливость можетъ допустить отвѣтственность опекуна, свидѣтельствуетъ конецъ цитированнаго фрагмента..... *at* ubi pupillorum *pupillarumque negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae judicio rationem reddunt*. Слѣдовательно, право на tutelae judicium несовершеннолѣтней вполнѣ торжественно съ тѣмъ же правомъ несовершеннолѣтняго. А такъ какъ tutela feminarum въ древности носила однообразный характеръ, то тоже право должно быть предоставлено и совершеннолѣтней женщинѣ.

Итакъ разсмотрѣнное объясненіе различія въ правѣ тѣхъ и другихъ опекуновъ на уступку опеки въ высшей степени несостоятельно,

---

[1]) *Gans* Scholien стр. 215 полагаетъ, что принужденіе къ auctoritatis interpositio не распространялось на опекуновъ по закону. Выраженіе Гайя не даетъ права понимать его въ такомъ ограничительномъ смыслѣ, см. *Huschke* въ Tübing. Zeitschr. стр. 286.

а потому мы и остаемся при нашемъ выше высказанномъ положеніи, которымъ исключительное право in jure cessionis tutelae опекуновъ надъ женщинами объясняется просто самою продолжительностью опеки и притомъ какъ уступка не самой опеки, а только осуществленія ея, и наконецъ только агнатамъ опекаемой (см. выше).

А на этомъ уже объясненіи нельзя никоимъ образомъ строить понятія опеки, какъ права извѣстныхъ лицъ, такъ какъ этимъ объясненіемъ право in jure cessionis tutelae представляется совершенно постороннею и чисто внѣшнею чертою опеки надъ женщиной и потому вовсе необусловленной и не обусловливающей теоретическою сущностью и сущность самой опеки.

Такъ же слабы и всѣ доказательства критикуемаго мнѣнія. Такъ напр. изъ того, что cessitia tutelae прекращалась смертью tutoris legitimi, заключали о правѣ на опеку ближайшихъ послѣ умершаго агнатовъ. Выше я разъяснялъ смыслъ in jure cessio tutelae. Тамъ было сказано, что этимъ актомъ опекунъ уступалъ только осуществленіе опеки, а не самую опеку, какъ совершенно аналогичное явленіе съ уступкой осуществленія ususfructus. Слѣдовательно, не права какія то открываютъ опеку ближайшимъ агнатамъ, а то обстоятельство, что со смертью tutoris cedentis женщина остается вовсе безъ опеки. По закону же ближайшіе родственники обязаны были опекать подобныхъ лицъ; почему по закону и переходила на нихъ опека въ случаѣ смерти опекуна-агната. Далѣе, если опека надъ женщиной была правомъ опекуна, то спрашивается, чѣмъ объяснить правило Legitimus tutor mulieris abdicare se tutela не могъ, т. е. не могъ dicere nolle se tutorem esse (Ulp. XI § 17) [1].

---

[1]) Si capite deminutus fuerit tutor testamento datus non amittit tutelam sed si abdicaverit se tutela; desinit esse tutor. Abdicare autem est, dicere nolle se tutorem esse. In jure autem cedere tutela testamento datus non potest: *nam et legitimus in jure cedere potest, abdicare se non potest.* Это единственное мѣсто источниковъ, говорящее ясно объ abdicatio tutelae. Изъ конструкціи послѣднихъ словъ не трудно замѣтить, что abdicatio допускалась только при опекѣ надъ женщинами, такъ какъ in jure cessio только и допускалась при tutelae sexus, а потому ошибаются тѣ писатели (см. напр. Böcking § 45, к), которые abdicatio считаютъ правомъ и прочихъ опекуновъ по завѣщанію, выходя изъ чтенія интерпретируемаго фрагмента, равно какъ ошибаются и тѣ писатели (см. напр. Schulting стр. 599 прим. 49), которые доказываютъ тоже, но уже отождествляя abdicatio съ excusatio. Способъ выраженія цитируемаго M. Tullius ad Att. lib. VI не можетъ служить доказательствомъ въ виду совершенно яснаго смысла словъ Ульпіяна:.. non amittit tutelam sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor, такъ какъ

Вѣдь это уже не походитъ на право, а сильно отзывается обязанностью. Правда, объясняли это правило тѣмъ, что если опека и составляетъ право извѣстнаго лица, то съ другой стороны нельзя оставить женщину въ такомъ положеніи, въ которомъ она не можетъ совершать ни одного юридическаго акта; получить же другаго опекуна при жизни ближайшаго агната она не могла (*Scheürl* стр. 15). Но это— не объясненіе. Если говорится, что опека передается дальнѣйшимъ агнатамъ, если нѣтъ ближайшаго, то этимъ только устанавливается послѣдовательность въ пріемѣ опекунскихъ обязанностей. Будь же опека правомъ членовъ извѣстнаго рода, то ничто не могло бы препятствовать съ отказомъ отъ наслѣдства (Въ видѣ in jure cessionis hereditatis *Gaj.* 2 § 35; Ulp. 19 § 14), допускаемымъ въ древнемъ быту, переходу и опеки, такъ какъ въ такомъ случаѣ съ правомъ на наслѣдство должно было бы соединиться и право на опеку уже дальнѣйшихъ агнатовъ. Кромѣ того этому объясненію противорѣчитъ и то, что всѣ виды опеки, а въ томъ числѣ и tutela legitima, не переходили даже по наслѣдству одного лица къ другому [1]). Какъ же это объяснить? Вѣдь если опека право извѣстнаго лица, то со смертью его не прекращается, а переходитъ по праву наслѣдства къ слѣдующему лицу. Какое же это особенное право?

Далѣе, только (Cujacius Observ. XVII, 28 *Schilling* Bemerkungen стр. 52) къ опекѣ надъ совершеннолѣтней женщиной допускались impuberes и даже furiosi (Gaj. I §§ 179, 180; Clp. XI § 20). Почему допускались эти ближайшіе родственники къ опекѣ, условливается не правомъ ихъ на опеку въ связи съ правомъ на охраненіе будущей ихъ собственности, а, какъ мы увидимъ, уничтоженіемъ всякаго значенія, кромѣ формальнаго, tutelae sexus во времена Гайя (I § 192 и слѣд.) и Ульпіяна (см. Pardessus стр. 273).

Такъ по словамъ послѣдняго въ его время tutela mulierum сос-

само собою разумѣлось, что excusatio perpetua при осуществленіи вело къ совершенному освобожденію отъ опеки, какъ дальше слѣдуетъ изъ словъ того же Ульпіяна (11 § 23).

[1]) Descendere на слѣдующихъ legitimi не значитъ «transire hereditario jure» (L. 16 § 1 D. (26. 1), какъ вѣрно замѣтилъ *Zimmern* § 232 прим. 14 a (см. чтеніе L. 3 §§ 8, 9 D. 26, 4). Напротивъ, Demangeat I стр. 347 прим. 5 допускаетъ для опеки по закону исключеніе изъ древняго положенія, что proximo gradu deficiente sequens non succedit § 7 I. 3, 2. Но Гай (L. 16 § 1 D. 26, 1) слишкомъ ясно выражается, чтобы можно было допустить какія бы то ни было исключенія: *nullam* tutelam hereditario jure ad alium transire (срав. съ L. 17 C. 2, 19 и Gaj. I § 195). Successio jure hereditario нельзя смѣшивать съ successio ordinum et graduum.

тояла только въ auctoritatis interpositio (Ulp. XI § 25), и то случаи примѣненія ея строго были опредѣлены извѣстными юридическими актами (Ulp. XI § 27). Кромѣ того даже и въ этихъ случаяхъ свободно могли быть назначаемы спеціальные опекуны (Gaj. I § 176 § 178 § 180; Ulp. XI §§ 20—23), которыхъ соучастіе впрочемъ при совершеніи юридическихъ актовъ опять таки было чисто формальное, такъ какъ отказать въ немъ опекунъ не могъ (Gaj. I § 190). Въ виду такого чисто формальнаго, безсодержательнаго характера позднѣйшей tutelae sexus, повлекшей за собою даже уничтоженіе иска опекаемой къ опекуну (Gaj. I § 191), разумѣется, не составляло затрудненія всякаго ближайшаго родственника, который могъ быть безумнымъ, ребенкомъ и всѣмъ чѣмъ угодно, облечь званіемъ опекуна. Слѣдовательно, какъ ближайшій родственникъ допускался безумный къ опекѣ надъ совершеннолѣтней женщиной, къ опекѣ, составлявшей его обязанность, а не право, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда шелъ вопросъ о дѣйствительномъ осуществленіи этого мнимаго права, безумный лишался его (при tutela pupillaris см. выше).

Далѣе, освобожденіе женщины отъ tutela sexus по закону Юлія и Папія Поппея (Gajus 1 §§ 145, 195; 3 § 44; Ulp. 29 § 3; Paul. 4, 9; Fragm. de spec. § 15 (17); Plutarch Numa 66; Dio Cass. 56) также мало можетъ служить доказательствомъ того положенія, что опека надъ ними учреждалась въ интересѣ самихъ опекуновъ, освобожденіе отъ которыхъ можетъ считаться особою привиллегіею (напр. Löhr. Mag. 3 стр. 8) во вредъ опекунамъ.

Дѣйствительно, освобожденіе отъ опеки женщины cum jure liberorum могло считаться ея личною привиллегіею, такъ какъ предоставляло ей полную дѣеспособность (см. Heineccius ad Legem Iuliam et P. Popp. стр. 240 и 241), но что этою привиллегіею уничтожалось не право, а обязанность опекуна. Слѣдовательно, примѣненіе закона было и въ интересѣ опекуна, пупилла котораго родитъ 3 раза. Послѣднее заключеніе слѣдуетъ изъ хронологіи самого Закона. Еще ранѣе Legis I. et P. P. опека надъ женщинами извѣстнаго возраста пріобрѣла характеръ простой формальности, еще ранѣе Legis Iuliae ясно было высказано воззрѣніе на опеку вообще, какъ на *onus*. Такъ напр. уже Цицеронъ говорилъ (Offic. 1, 25): tutela... ad utilitatem eorum, qui commissi sunt.... gerenda, non ad eorum quibus commissa est. Мало того, императорскими конституціями предоставлялось jus liberorum и лицамъ, имѣющимъ 3-хъ, 4-хъ, 5-хъ дѣтей, какъ привиллегія, освобождающая ихъ отъ при-

нятія на себя опеки (pr. I. 1, 25; Fr. Vat. §§ 191,192, 247; L. 2 § 2—8 D. 27, 1; L. 1 C. 5, 66). Нѣкоторые писатели (напр. см. Heineccius Comm. ad. L, I. et P. P. 2, 8) приписываютъ установленіе этой привиллегіи тому же закону, который установилъ на тѣхъ же основаніяхъ и привиллегію освобожденія отъ опеки, а именно Закону Юлія и Папія Поппея. Послѣ этого, кажется, едва ли будетъ раціонально дѣлать заключеніе, о характерѣ самой опеки въ смыслѣ господствующаго мнѣнія. Наконецъ, если допустить разсматриваемое заключеніе то необходимо въ томъ же смыслѣ понимать и освобожденіе отъ попечительства чрезъ досрочное объявленіе полнаго совершеннолѣтія (venia aetatis Cod. Theod. 2, 17; Cod. 2, 45). Этого однако необходимо послѣдовательнаго вывода я не нашелъ ни у одного писателя.

Наконецъ, выходя изъ понятія опеки, какъ права опекуна, западные ученые должны были ограничить опеку надъ женщиной только однимъ ея видомъ, а именно опекой по закону. Допустить tutela testamentaria или dativa значило подорвать принципъ. О tutela testamentaria feminarum мы уже говорили и притомъ говорили противное данному воззрѣнію, остается обратиться къ tutela dativa.

Обыкновенно всѣ виды опеки за исключеніемъ опеки по закону, считаютъ за смягченіе древняго правила, по которому опекуномъ могъ быть только ближайшіи родственникъ, какъ наслѣдникъ въ случаѣ смерти пупиллы (см. Rein стр. 250). Однимъ такихъ смягченій считаютъ и tutela dativa, введенная Закономъ Атилія и Юлія Тиція. Но изъ этого слѣдовало бы, что женщина, которой, за неимѣніемъ родственниковъ, не могъ быть назначенъ tutor legitimus, оставалась вовсе безъ опекуна (*Loehr* Mag. 3 XII стр. 423 и слѣд.).

Этому однако противорѣчитъ выраженіе источниковъ, по которымъ ясно слѣдуетъ взглядъ Римлянъ на женщинъ, взглядъ, возведенный въ положеніи о пожизненной опекѣ надъ женщинами (*Cic.* pro Murena c. 12 *Mulieres omnes majores in tutorum potestate esse* voluerunt.... Gajus (I § 144—5) говоритъ, что всѣ женщины находились подъ опекою за исключеніемъ однѣхъ Virgines Vestales). Если далѣе допустить возможность случаевъ не подъопечной женщины, то отчего бы не допустить было dativi tutores на отдѣльные случаи (какъ это было впослѣдствіи разрѣшено въ отдѣльныхъ случаяхъ, напр. Lege Iulia de maritandis ordinibus дозволялось dotis constituenda gratia a Praetore urbano tutorem petere. Gaj. I § 178. Ulp.

11, 20; см. также Gaj. I § 184.), а непремѣнно связывать женщину на всю жизнь (Löhr 423 п. 4. Объ этомъ подробнѣе ниже)?

Вотъ важнѣйшія основанія господствующаго воззрѣнія на характеръ опеки. Другихъ мы не приводимъ или потому, что несостоятельность ихъ доказана уже выше (См. Schweppe R. Rechtig. § 434; De Fresquet въ Revue 1856 г. Стр. 137), или потому, что они составляютъ только выводы изъ разсмотрѣнныхъ, или, наконецъ, столь явно несостоятельны, что не заслуживаютъ и опроверженія (см. у Schroeter стр. 34 и слѣд.).

До сихъ поръ мы имѣли дѣло съ общими основаніями разсматриваемаго воззрѣнія, обратимся теперь къ тѣмъ ссылкамъ, которыя будто бы въ общемъ подтверждаютъ это воззрѣніе.

Всего чаще въ ссылкахъ можно встрѣтить слѣдующій фрагментъ Ульпіяна: ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur (L. 1 pr. D. 26, 4 см. также Gaj. 1 § 192), т. е. полезная для опекуна сторона его опекунской дѣятельности состоитъ въ томъ, что ею онъ сохраняетъ имущество, которое въ случаѣ смерти пупилла подъ опекой, онъ можетъ получить въ наслѣдство. (ubi successionis est emolumentum ibi *tutelae onus* esse debet pr. L. 1, 17). О самой же опекѣ, какъ правѣ, а не обязанности уже по отношенію къ пупиллу, въ словахъ Ульпіяна нѣтъ ни малѣйшаго намека и не могло быть, если вспомнимъ, что всѣ писатели разсматриваемой теоріи уже со временъ Цицерона считаютъ господствующимъ принципъ высказанный у него въ Off. 1, 25. Однако и начало, высказанное Цицерономъ, нельзя признать за выраженіе измѣнившейся древней сущности опеки, слѣды которой остались будто бы въ опредѣленіи ея Сервіемъ словами *jus* ac potestas (L. 1 pr. D. 26, 1 см. Sintenis § 144 прим. 1). Даже предполагая достовѣрнымъ это чтеніе словъ Сервія (см. Глюкъ 28 стр. 470; Рудорфъ 1. стр. 25), мы не въ правѣ строить какіе бы то ни было выводы на нихъ, такъ какъ 1) слово «jus» въ чтеніи всего фрагмента употреблено весьма неопредѣленно, а потому, и весьма вѣроятно, можетъ и не относиться къ характеристикѣ опекунской власти. При неопредѣленности мы обязаны признать слово скорѣе въ томъ смыслѣ, который не сталъ бы въ явное противорѣчіе съ прочими опредѣленіями Свода. 2) Если даже и согласиться съ тѣмъ смысломъ, который по господствующей теоріи придается этому слову, то все таки это будетъ только субъективное воззрѣніе Сервія, какими могутъ быть воззрѣнія Глюка, Синтениса и другихъ писателей. Наша же задача выяснить значеніе того, что у древнихъ Римлянъ существо-

вало только de facto безъ началъ и опредѣленій внутренней сущности: quae confuse... respondebantur, aut agebantur (Cic. Brut. c. 42).

Такое же чисто субъективное объясненіе даетъ Гай, свидѣтельству котораго придавали особенное значеніе, какъ подтвердившему воззрѣніе зародившагося еще до открытія Нибура (см. Heidelb. Zeitschr. за 1823 г. стр. 952), потому считаемъ необходимымъ цитировать цѣликомъ фрагментъ I § 192: Sane patronum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationis que suscipiendae interveniat, *eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut qui ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excluduntur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

Вся сила выраженія въ словахъ: vim aliquam habere. Если сопоставить ихъ со словами того же Гайя, feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur (1 § 190), то въ истинномъ значеніи курсиво напечатанныхъ строкъ едва-ли можно будетъ сомнѣваться. Опека надъ совершеннолѣтней женщиной потеряла всякій смыслъ, слѣдовательно стѣсненіе въ дѣеспособности въ интересѣ опекаемой совершеннолѣтней немыслимо; поэтому изъ примѣровъ ограниченія дѣеспособности Гай дѣлаетъ свой выводъ. Послѣ этого спрашивается: можно ли по цитированному фрагменту дѣлать заключеніе (см. Schroeter стр. 41) о той опекѣ, которая оправдывалась вполнѣ юридическими понятіями народа (pretiosa ratio suasisse videtur)? Нашу мысль не трудно подтвердить примѣрами, приводимыми тѣмъ же Гайемъ. Такъ напр. право составлять завѣщаніе, хотя бы только при соучастіи опекуна, женщина получила въ царствованіе Адріана, т. е. въ то время, когда о характерѣ опеки не могло уже быть никакого сомнѣнія. Тоже самое можно сказать и о другихъ примѣрахъ, вспомнивъ исторію auctoritatis interpositionis вообще. И такъ во всякомъ случаѣ слова Гайя не могутъ служить доказательствомъ древняго воззрѣнія на опеку, какъ на право опекуна. Не болѣе говоритъ въ пользу разсматриваемой теоріи и послѣдняя общая ссылка ея послѣдователей (см. напр. Müller § 172 прим. 9). Ссылка эта принадлежитъ уже неюридическому писателю, Валерію Максиму: dolenter enim homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gen-

tis splendori servire debebat, flagitiis disjici (Valer. Max. 5, 2). Этими словами Валерій Максимъ высказываетъ сожалѣніе о растратѣ имущества, составлявшаго наружный блескъ извѣстнаго рода. Но вѣдь какъ опекунъ, такъ и пупиллъ въ равной степени состоятъ членами этого рода. Почему же непремѣнно въ интересѣ одного опекуна должно было сохраняться извѣстное родовое имущество, а не въ интересѣ пупилла, какъ будущаго самостоятельнаго, активнаго члена рода, главы отдѣльнаго семейства и т. д.? Вѣдь имущество можетъ остаться въ родѣ и въ тоже время принадлежать опекаемому.—И такъ и послѣдняя общая цитата не опредѣляетъ опеки, какъ права опекуна.

Въ результатѣ же всего сказаннаго получается полная неосновательность господствующаго воззрѣнія, а потому наше пониманіе сущности опеки будетъ прямо противоположно этому воззрѣнію. Къ подобному заключенію насъ уполномочиваетъ уже то обстоятельство, что если юридическая сущность опеки въ позднѣйшія времена Римскаго Права измѣнилась, то вопервыхъ, чтобы сдѣлать это заключеніе, мы обязаны имѣть положительныя свидѣтельства источниковъ, а вовторыхъ должны обмотивировать, т. е. иначе понять, основаніе этого измѣненія. А между тѣмъ, высказывая подобную мысль, не только упускаютъ изъ вида полную ея бездоказательность, кромѣ того возбуждаютъ ею множество недоразумѣній и несообразностей юридическихъ. Такъ, основаніе призыва къ опекѣ по закону оставалось и въ позднѣйшія времена [1]) какъ и въ самыя древнія, родство съ пупилломъ, которое условливало и право наслѣдованія по смерти его. Спрашивается: почему на одномъ и томъ же основаніи построенная юридическая сущность опеки должна была измѣниться со временемъ? Далѣе, въ силу древнѣйшаго начала права наслѣдованія, по закону delatio u aditio hereditatis совпадали во времени, такъ что наслѣдники ab intestato считались собственниками оставшагося имущества въ моментъ смерти наслѣдодателя (Gaj. 2 § 157; L. 63 D. 29,2: L. 14 D. 38,16). Если же такъ, то всякое распоряженіе по этому имуществу необходимо должно относиться къ лицу его собственника, а не къ лицу, имѣющему только надежду быть его собственникомъ. Поэтому опека не можетъ со стороны юридической логики разсматриваться какъ право опекуна, а непремѣнно какъ обязанность. Далѣе,

---

[1]) См. еще напр. Харменопула (Manuale L. 5 Tit. XII frag. 18 ed. Heimbach): ὅπου ἡ κληρονομία ἐκεῖ καὶ ἡ ἐπιτροπή, πλὴν γυναικος. Или Бургундскій сводъ (Lex. Burgund. tit. 36, 8—16): quod agnati, sicut ad successionem, sicut ad tutelam vocantur.

какъ объяснить accusatio suspecti tutoris, извѣстное уже въ XII таблицахъ (L. 1 § 2 D. 26,10)? Никто не станетъ утверждать, что обвиненіе это имѣло поводомъ злоупотребленіе собственнымъ правомъ. Accusatione suspecti дѣятельность опекуна становилась подъ общественный контроль (L. 1 § 6 D. 26,10) съ тѣмъ, конечно, чтобы своею дѣятельностью онъ выполнялъ обязанности [1]) по отношенію къ такимъ лицамъ, которыя по природѣ признаны были безпомощными, а не съ тѣмъ, чтобы онъ осуществлялъ свое право. Наконецъ, если бы происхожденіе института опеки зависѣло отъ осуществленія своего права опекунами, то въ тѣхъ случаяхъ ,когда пупиллъ оставался безъ родственниковъ, наслѣдниковъ послѣ него, онъ долженъ былъ быть предоставленъ самому себѣ. Дѣйствительно, многіе писатели, консеквентно проводя свою идею, не поколебались сдѣлать и этого вывода изъ нея, но, какъ увидимъ вскорѣ, вполнѣ несправедливо, такъ какъ по словамъ Гайя: *naturali rationi* connvenieus est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur (Gaj. 1 § 189).

А изъ всего этого слѣдуетъ, что мы не имѣемъ права выше цитированныя слова Цицерона (off. 1.25) принимать за выраженіе новаго принципа [1]), хотя быть можетъ онъ впервые ясно высказалъ всегдашнее начало римскаго права, т. е. что опекунъ назначался въ интересѣ однихъ подъопечныхъ лицъ.

Если же разсмотрѣнная теорія дѣйствительно несостоятельна, то съ точки зрѣнія большинства ея послѣдователей не можетъ быть и рѣчи о различіи между опекой и попечительствомъ. Если же другіе писатели (см. Глюкъ 28 стр. 460; Löhr. Mag. 3 стр. 9 и слѣд.; Рудорфъ 1 стр. 9; Heimbach 13 стр. 337; 3 стр. 143; Sintenis § 144 прим. 1) распространяли господствующую идею объ опекѣ и на нѣкоторые виды попечительства, то этимъ они хотя и уничтожали въ общемъ различіе между опекой и попечительствомъ съ точки зрѣнія разсмотрѣнной теоріи, но становились за то въ страшное противорѣчіе съ юридической логикой. Тождество должно искать въ смы-

---

[1]) Huber (Praelect. jur. civ. ad § 13 I. 26 § 5) опредѣляетъ suspectus tutor, какъ такого опекуна, qui non implet officium tutoris quod in se recepit (См. тоже Donellus L. 3 cap. 16 § 5) И это опредѣленіе вполнѣ соотвѣтствуетъ взгляду Римскихъ юристовъ, см. напр. § 5. I. 1, 26; L. 19 D. 26, 7 и т. д.

[1]) См. еще Verr. Act. 2 or. 1, 58: Quis est, qui tueri possit liberum nostrorum pueritiam.

слѣ указанной нами сущности, какъ древней, такъ новѣйшей опеки, въ силу сказаннаго выше о происхожденіи попечительства.

Древнѣйшіе виды попечительства по закону: попечительство надъ безумными и расточителями. Послѣднее образовалось по аналогіи съ первымъ (L. 1 pr. D. 27, 10), слѣдовательно оба должны носить одинъ и тотъ же характеръ. Что попечительство надъ расточителями никогда не могло быть разсматриваемо, какъ право, условливаемое надеждою на будущее наслѣдство,-несомнѣнно уже потому, что расточитель могъ состоять въ бракѣ и имѣть дѣтей, прямыхъ наслѣдниковъ. Мало того, если консеквентно держаться разсматриваемаго воззрѣнія, то намъ придется допустить къ попечительству надъ безумными и расточителями безумныхъ, несовершеннолѣтнихъ, расточителей! Правда, XII Таблицъ выражаются такъ обще (Bruns Fontes Tab. 5), что, пожалуй, и этотъ выводъ можно сдѣлать (Löhr Mag. 3 стр. 9, 10). Но древніе Римляне къ ихъ счастію выходили не изъ апріорныхъ положеній, строгая послѣдовательность въ развитіи которыхъ доводила бы до такихъ смѣшныхъ выводовъ, а изъ потребностей чисто практическихъ, удовлетворяемыхъ безъ околичностей тѣмъ или другимъ способомъ.

Итакъ, назначеніе и древнѣйшихъ видовъ попечительства, какъ и опеки, сводится къ обязанности (... ne utilitatis furiosi impediantur. L. 3 pr. D. 26,7).

Въ общемъ же результатѣ разсмотрѣнной теоріи можемъ сказать, что какъ опека, такъ и попечительство всегда имѣли своимъ назначеніемъ охранять имущественный (L. 1 pr. D. 26, 4; Theoph. ad. § 2 I. 1, 13) интересъ (см. Voet. ad. L. 26. t. 1. Schweppe Rchtsg. § 420) ввѣренныхъ ихъ заботѣ лицъ отъ убытковъ, могущихъ произойти отъ непризнанныхъ за ними извѣстныхъ душевныхъ качествъ, какъ условія вполнѣ сознательнаго и разумнаго отношенія къ окружающей средѣ. Это положеніе подкрѣпляется множествомъ самыхъ прямыхъ свидѣтельствъ источниковъ (см. напр. Gaj. 1 §§ 168 in fin. 189,172: utilitatem pupillorum Praetor sequitur; Ulp. 11 § 1; pr. I. 1. 17; L. 1 pr. D. 26,1; L. 10 D. 26,3; L. 10 § 7 D. 27,1: non molestabitur; L. 5 fin. C. 5,30; Nov. 118 c. 5; Frag. Vat. §§ 127, 128, 131, 186, 188, 189). Подобныхъ прямыхъ указаній на иное въ древности начало мы не находимъ, а потому послѣ всего вышесказаннаго нѣтъ никакого основанія предполагать, чтобы понятіе объ опекѣ въ древности было иное, чѣмъ оно выразилось въ позднѣйшихъ источникахъ. Общимъ подтвержденіемъ нашего положенія мо-

гутъ служить слова XII Таблицъ: uti legassit super pecunia tutelave *suae rei* (Schulting стр. 599; Huber Praelect. стр. 54; Bruns 5,3), ita jus esto. [1]) И такъ, ни опека, ни попечительство никогда не составляли правъ тѣхъ лицъ, которыя призывались къ нимъ. Всегда составляли они обязанность членовъ того рода, къ которому принадлежалъ пупиллъ, безумный, расточитель. Обязанность эта вытекала изъ самаго устройства и значенія римскаго рода. Древнѣйшее правительство римское состояло изъ собранія представителей родовъ (сенатъ, комиціи куріатскія). Отсюда обыкновенно заключаютъ о полной замкнутости, исключительности древнѣйшихъ родовъ. Съ другой стороны, введеніе ценза обусловило силу и вліяніе родовъ въ государственныхъ дѣлахъ богатствомъ ея членовъ. Послѣ сказаннаго не трудно понять, что обязанность именно членовъ рода заботиться объ имущественномъ интересѣ родича вытекало вопервыхъ изъ замкнутости родоваго быта, въ силу полнаго отчужденія отъ другихъ родовъ, а во вторыхъ въ интересѣ рода, какъ одного цѣлаго. Что именно ближайшіе по степени родства, а не всѣ члены рода призывались къ отправленію этой обязанности объясняется подраздѣленіемъ его на семьи. Естественно призывать къ опекѣ или попечительству прежде всего лицъ, стоящихъ къ пупиллу въ ближай-

[1]) Noodt (Observat. L. 2 cap. 19 въ Opera omnia стр. 465) настаиваетъ на чтеніи «*tutelave sua*» (Vulgata) или «super *tutelae suae*» (Florent. тоже и при чтеніи фрагмента Павла L. 53 D. de verb. sign. 50, 16). Основаніемъ невѣроятности принятаго нами чтенія онъ полагаетъ единственно въ явномъ противорѣчіи съ общимъ назначеніемъ опеки, какъ института, имѣющаго въ виду не имущество, а лицо пупилла (см Noodt ad L. 26 tit. 1). За правильность принятаго нами чтенія говоритъ грамматическое толкованіе фразы. Вопервыхъ XII таблицъ, не упоминая ни однимъ словомъ о лицахъ, по самой конструкціи фразы можетъ опредѣлять отношеніе только къ имуществу: распоряженія отца семейства могутъ касаться или отказовъ своего имущества (super pecunia) или охраненія его (tutelave suae rei). Во вторыхъ «*tutelave sua*» по законамъ латинскаго языка не имѣетъ ни грамматическаго (объясняли эту форму аттицизмъ см. Dirksen Uebersicht стр. 336), ни логическаго смысла. «*Sua*» есть мѣстоимѣніе притяжательное третьяго лица, слѣдовательно, должно относиться или къ наслѣдодателю или къ третьему лицу. Къ третьему лицу оно относиться не можетъ въ силу связи «tutelave» съ «pecunia», а потому должно относиться къ наслѣдодателю. Къ наслѣдодателю же «*sua*» не можетъ относиться въ томъ смыслѣ, что онъ распоряжается своего опекою. Опеки paterfamilias никакой не имѣетъ, а слѣдовательно и распоряжаться ею не можетъ (см. интерпретацію Segerus Historia etc. III).—Итакъ мы остаемся при своемъ чтеніи.—Наконецъ, Ноодту остается еще доказать, что слова «suae rei» не составляютъ подлинныхъ XII Таблицъ или Ульпіяна, а другаго какого нибудь юриста (Noodt ad. L. 26 tit. 2).

шей степени родства (агнаты) и уже за неимѣніемъ ихъ другихъ сородичей (гентилы). Впослѣдствіи же съ распаденіемъ родоваго быта явилась необходимость опеку и попечительство изъ обязанностей прежде однихъ членовъ рода, объявить общегражданскими. Это и выразилось въ обязательности для каждаго гражданина завѣщательнаго распоряженія, которымъ онъ назначался въ опекуны и попечители сиротъ, и въ правѣ претора призывать каждаго гражданина къ опекѣ и попечительству, если не имѣлось опекуновъ и попечителей по закону (родственниковъ) и завѣщанію.

Подобнымъ разсужденіемъ мы становимся въ разрѣзъ съ двумя общими въ литературѣ положеніями, которыми проводилось различіе между опекою и попечительствомъ въ частности.

1) Такъ, различаютъ опеку отъ попечительства обязательнымъ характеромъ первой и необязательнымъ—втораго (см. напр. Montanus с. 29 nr. 20). Если опека и попечительство всегда были personalia *munera publica* (L. 1 § 4 D. 50,4), имѣвшія въ виду единственно интересъ лицъ подъопечныхъ, то какъ munera publica оба института носили принудительный характеръ, т. е. лица, призываемыя къ той или другому по какому бы то ни было основанію могли отказать ся только въ случаяхъ, ясно опредѣленныхъ закономъ (pr. I. 1, 25 L. 1 § 4 D. 50,1). Дѣйствительно, разсматриваемое воззрѣніе не подтверждается источниками. Ссылка на нихъ не подтверждаетъ желаемаго различія. Такъ, L. 2 § 3 D. 42,7 (nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat) относится только къ попечительству надъ конкурсной массой, т. е. къ попечительству въ интересѣ самого попечителя, такъ какъ избирался онъ изъ среды кредиторовъ (L. 2 pr. D. 42,7). Слѣдовательно, цитированная ссылка не идетъ къ данному положенію.

2) Обыкновенно, говорятъ (см. напр. Huber Prael. стр. 74 Heineccius Antiqu. стр. 192; Brinz стр. 1367), что до послѣднихъ временъ попечительство надъ минорами немогло быть устанавливаемо по завѣщанію, между тѣмъ какъ tutela моглабыть и testamentaria (см. еще Cujacius Observ. 17,7; Otto Comm. ad Inst стр. 134; Zöpfl § 15; Zimmern § 232; Keller § 423).

Дѣйствительно, общимъ правиломъ могутъ считаться слова Ульпіяна «Curatores aut *legitimi* sunt; id est, qui ex lege duodecim tabularum dantur: aut *honorarii*, id est, qui a Praetore constituuntur (Ulp. 12 §§ 1, 2; Cic. de invent. 2, 50; Auctor ad Herenn. 1, 13; Gaj. 2 § 64; L. 78 § 1 D. 36, 1; L. 6 C. 2, 19; L. 7 C. 5, 28);..... curator testamento non datur..... § 1 I. 1, 23, т. е. попечительство могло

быть только по закону или по назначенію властей, что попечительство по завѣщанію не допускалось въ принципѣ и въ позднѣйшія времена свидѣтельствуетъ Рескриптъ Діоклетіана и Максиміана: Curatorem ..... inutiliter in testamento dari, non ambigitur» (L. 7 C. (5, 28). § 1 I. 1, 23). Но рядомъ съ подобными категоричными положеніями мы встрѣчаемся съ такими, которыя очевидно противорѣчатъ первымъ. Такъ представляется право назначать и въ завѣщаніи попечителя, но только съ утвержденіемъ начальства: «Curator testamento non datur, *sed datus confirmatur decreto Praetoris vel Praesidis*» (§ 1 in fin. I. (I, 23) L. 2 D. 26, 3). Это утвержденіе для классическаго періода должно быть разсматриваемо, какъ простая формальность, такъ какъ отказъ въ немъ со стороны начальства былъ немыслимъ (L. 1 § 3 D. 26, 3: ἔτι εἰδέναι δεῖ, ὅτι κουρατωρ, κατά διαθήκας οὐδὲ ὑπο πατρός ὀρθῶς δίδοται, ἀλλὰ δοθεὶς εἴωθε βεβαιοῦσθαι ὑπο τοῦ ἡγουμένου См. также L. 3 § 5 D. 26, 7; L. 32 D. 27, 1; L. 16 D. 27, 10; L. 5 § 2 D. 34, 9). Cura или tutela confirmanda не можетъ быть разсматриваема, какъ самостоятельный видъ попечительства или опеки. Правда, нѣкоторые юристы (см. напр. Noodt Comm. ad Dig. L. 26 t. 3; Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. 3 т. 4 книга § 156) думали создать изъ нея самостоятельный видъ, какъ смѣсь tutelae (cura) по закону и назначенію власти. Но это мнѣніе невѣрно уже потому, что въ источникахъ весьма ясно высказано противоположеніе опеки (попечительства) по завѣщанію опеки (попечительству) по назначенію (см. напр. L. 26 § 2 in fin. D. 26, 2), а потому и соединенія ихъ допустить нельзя. Различіе отъ прочихъ видовъ могло бы выразиться только въ способѣ его назначенія, такъ какъ функціи остаются общія. По назначенію же cura (tutela) confirmanda можетъ быть разсматриваема какъ cura (tutela) dativa (см. напр. Donell. Comm. Lib. 3 cap. 5 § 17 и 18; Heinecius Elememt. jur. civ. 4 § 300; Günther Princ. § 499; Schweppe R. Privatr. § 735) или testamentaria (напр. Cujacius Observ. 7, 7; Paratill. in Lib. 26 D. 3 tit.; Thibaut System § 504. Называли такую опеку «tutela testamentaria mixta см. Peregrinus Manuduet. r. 1 стр. 180; Bachovius in Instit. стр. 129).

Если бы утвержденіе назначеннаго въ завѣщаніи лица зависѣло отъ произвола магистратовъ, то разумѣется, подобное попечительство ничѣмъ бы не отличалось отъ просто назначеннаго самимъ магистратомъ. Но такъ какъ утвержденіе curatoris testamento dati обязательно (confirmatio necessara. Si filio impuberi pater tutorem, aut *puberi*

*

curatorem dederit, citra inquisitionem *praetor eos confirmari debebit* L. 6 D. 26, 3 см. особенно L. 16 D. 27, 10, L. 27 C. 1, 4; L. 7 §§ 2, 6 C. 5, 70; L. 2 C, 5, 59: volentatem patris in constituendis tutoribus et curatoribus a judice servari *solere*, ad cujus officium haec res pertinet. Что слово «solere» употреблено здѣсь въ смыслѣ debere срав. съ L. 4 D. 26, 1 и L. 1 § 2, 4 ;L 6 D. 26, 3), конечно, въ предположеніи извѣстныхъ качествъ назначаемаго лица (per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, cum magistratus propter aliquod forte suum vitium, idoneum putaverit. L. 16 D. 27, 10; L. 8, 9 D. 26, 3. Это же правило признавалось и для tutela testamentaria L. 1 § 2; L. 5 D. 26, 3),—то это утвержденіе должно разсматриваться какъ простая только формальность, которая не можетъ воспрепятствовать произвольному назначенію въ завѣщаніи того или друга лица. Поэтому, не придавая никакого значенія второй части назначенія, т. е. утвержденію властей, мы получимъ простое назначеніе по завѣщанію. Къ этому выводу уполномочиваетъ насъ и общій смыслъ словъ «confirmari». Слово «confirmari», какъ справедливо замѣтилъ Гюнтеръ (Principia § 499), выражаетъ такое дѣйствіе, которымъ устраняются недостатки, дѣлавшіе извѣстный актъ недѣйствительнымъ, и тѣмъ дается ему такая юридическая сила, какъ будто актъ былъ совершенъ законнымъ порядкомъ. Слѣдовательно, утвердить опекуна или попечителя значитъ дать законную силу его назначенію. а такъ какъ назначеніе это было по завѣщанію, то—дать силу назначенію опекуна или попечителя по завѣщанію. Дѣйствительно, такъ понимали confirmatio и Римляне. Такъ напр. въ L. 1 § 1 D. 26, 3 читаемъ: constitutiones permiserunt, *quod deest, consulari potestate suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari.* Или: qui a patre tutor (curator) scriptus est, aut non ut lege praecipiebatur: *confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si sex testamento tutor* (*cur.*) *esset*.... (L. 3 D. 26, 3) и т. д.

Далѣе, tutela и cura confirmanda всегда предшествовали tutelae и curae legitimae, слѣдовательно, будь tutela или c. conf. тождественны съ t. али c. dativa, они должны были бы слѣдовать за опекою или попечительствомъ по закону (sciendum est, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare L. 11 pr. D. 26, 2; semper enim legitima tutela testamentariae cedit L. 9 §1 D. 27, 3). Или еще: если tutor или curator confirmandus откажется отъ опеки или попечительства excusatione, то лишается отказовъ (legata), чего нельзя сказать о tu-

tores или curatores dativi. такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ нѣтъ и рѣчи о невыполненіи воли умершаго (L. 32 D. 27, 1 срав. съ L. 34 D. eod.). Наконецъ, самымъ сильнымъ свидѣтельствомъ въ пользу нашего положенія будетъ то обстоятельство, что tutela confirmanda не допускала potioris nominationem (Frag. Vatic. §§ 159. 211, 246).

И такъ cura confirmanda должно быть разсматриваемо вполнѣ, какъ cura testamentaria. Этимъ объясняется и то обстоятельство, что curatores confirmandi, какъ и curatores testamento dati не обязывались представлять поручительства при вступленіи въ отправленіе попечительскихъ обязанностей на томъ основаніи, что paternum testimonium pro satisdatione sufficit (L. 3 D. 26, 3; L. 7 § 5 C, 5, 70).

Спрашивается теперь: чѣмъ объяснить противорѣчіе этого положенія съ цитированными въ началѣ фрагментами, чѣмъ объяснить требованіе такой формальности, которой и самъ законъ не приписываетъ никакого значенія? Я полагаю, что объяснить это можно только противорѣчіемъ историческаго принципа съ не вполнѣ сознаннымъ новымъ началомъ.

Мы уже видѣли, что древнѣйшій видъ попечительства было попечительство надъ безумными. Видѣли, что попечительство ничѣмъ не отличалось отъ опеки и даже не носило особаго названія. Впослѣдствіи (см. напротивъ Schroeter стр. 28 и 29) этотъ видъ попечительства былъ распространенъ на расточителей (... exemplo furiosi .... L. 1 pr.; L. 15 § 1 D. 27, 10), т. е. лицъ, формально признанныхъ уже совершеннолѣтними. Съ опредѣленіемъ, хотя и по обычаю, сроковъ несовершеннолѣтія, мало по малу стало вырабатываться и новое понятіе надзора за лицами, которыя уже помимо формальнаго признанія должны были считаться совершеннолѣтними и которыя въ силу древняго начала, что опека распространялась только на лицъ, непризнанныхъ совершеннолѣтними, не могли состоять sub tutela (L. 3 pr. in fin. D. 26, 1). Слѣдовательно, до образованія понятія попечительства на надзоръ по крайней мѣрѣ за безумными распространялись положенія объ опекѣ. Когда же впослѣдствіи и furiosi съ достиженіемъ извѣстнаго возраста должны были считаться совершеннолѣтними, то на нихъ было распространено попечительство надъ минорами (... etsi minor vigintiquinque annis furiosus sit, curatorem ei non *ut furioso*, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum L. 3 § 1 D. 26, 1; L. 1. 7 C. 5, 70). Что въ первое время попечительство надъ совершеннолѣтними безумными не могло быть

testamentaria объясняется тѣмъ, что назначенію кому либо по его безумію попечителя предшествовало объявленіе его безумнымъ послѣ causae cognitionem (Schrader Comm. ad. § 1 I. 1, 23), а такъ какъ подобное causae cognitio, какъ и попечительство при жизни отца въ древности было немыслимо, а основывалось главнымъ образомъ на заявленіи агнатовъ (Valer. Max. 8, 6), то само собою разумѣется cura furiosi только и могло быть dativa legitima.

Точно также и попечительство надъ расточителями не могло быть первоначально назначаемо по завѣщанію. Расточительство могло наступить уже только по смерти завѣщателя (qui ex testamento parentis *heredes facti* male dissipant bona.. Ulp. 12 § 3) и признавалось за извѣстнымъ лицемъ только ex decreto praetoris [1]) послѣ предварительнаго sententiae declaratoriae (Struvius Synt. стр. 51 4). Съ появленіемъ cura minorum до окончательнаго признанія его въ извѣстной формѣ рескриптомъ Марка Антонина опять таки завѣщательное назначеніе его было немыслимо. Обыкновенно совершеннолѣтнему первоначально назначался попечитель только для совершенія извѣстныхъ отдѣльныхъ юридическихъ актовъ, которыхъ всѣхъ предусмотрѣть, разумѣется, завѣщатель не могъ. Другіе виды попечительства точно также назначались по поводу такихъ обстоятельствъ, которыя наступали опять уже по смерти завѣщателя (cura ex edicto Carboniano, cura ventris nomine).

Итакъ въ принципѣ до рескрипта Марка было немыслимо попечительство по завѣщанію, но такъ какъ положеніе, выраженное этимъ

---

[1]) Прежде было спорно: an ipso jure, quo prodigus esse videtur ei bonis interdictum sit, an vero opus sit decreto (см. Zoesius Comm. in Dig. стр. 609). Поводъ къ первому могли подать подобныя выраженія источниковъ, какъ: *Lege du decim Tabularum* prodigo interdicitur bonorum suorum administratione (L. 1 pr. D. 27, 10) срав. съ подобными словами, какъ: is, cui *lege* bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, *ipso jure* non valet (L. 18 D. 28, 1). Но что смыслъ цитированныхъ словъ долженъ быть иной, за это какъ логическія, такъ и фактическія данныя. Расточительство служитъ основаніемъ назначенія попечительства, слѣдовательно назначенію попечительства должно предшествовать объявленіе извѣстнаго лица расточителемъ. Съ другой стороны мы имѣемъ и положительныя данныя за это заключеніе. Такъ до насъ дошла формула объявленія: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdico Paulus III, 4, A § 7; Ulp. 20 § 13; L. 1 pr.; L. 10 D. 27, 10. Итакъ едва ли можно сомнѣваться, что объявленіе даннаго лица расточителемъ, а слѣдовательно и всѣ послѣдствія подобнаго объявленія, opus est decreto.

рескриптомъ, de facto признавалось и гораздо раньше его, то примѣры попечительства по завѣщанію встрѣчаются и раньше изданія этого закона. Такъ Діонъ Кассій (44, 35) разсказываетъ, что Юлій Цезарь назначилъ Октавіану ἐπιτρόπους которые должны быть принимаемы за попечителей, по соображенію тогдашняго возраста Октавіана. Правда, Светоній (Iul. 83) разсказываетъ этотъ фактъ иначе, а именно, что Цезарь назначилъ опекуновъ postumis liberis (см. Cujacius 7, 6; Schrader Comm. ad § 1 l. 1, 23), но слова Д. Кассія имѣютъ намъ значеніе если не достовѣрнаго, то во всякомъ случаѣ не невозможнаго факта.

Но невозможность попечительства по завѣщанію не условливалась теоретическимъ свойствомъ института попечительства, или напр. тѣмъ, что будто отецъ съ совершеннолѣтія сына терялъ право распоряжаться своимъ имуществомъ по завѣщанію (какъ могъ такой извѣстнѣйшій юристъ, какимъ былъ Otto въ прошломъ столѣтіи, сказать такую несообразность въ Comment ad Inst. стр. 134 см. также Peregrinus Manuductio ч. 1 стр. 206), а была, какъ мы видѣли, чисто фактическою (а не потому, что законъ при опредѣленіи силы завѣщательныхъ распоряженій упоминаетъ только опекуна см. Cujac. Observ. 7, 6) невозможностью, но притомъ такою общею невозможностью, что не трудно было образоваться положенію: «попечительство по завѣщанію невозможно». Какъ образовалось это положеніе, то уже по юридической послѣдовательности должно было признать недѣйствительность попечительства, когда оно стало возможнымъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Этотъ принципъ, какъ обыкновенно въ Римскомъ Правѣ, остался въ силѣ и послѣ рескрипта Марка, когда необходимо было сознать, что несправедливо по отношенію къ минору лишать его попечитльства лица, назначеннаго къ нему завѣщателемъ, за которымъ по общему правилу должно признать желаніе выгоды наслѣднику,—и предоставить выборъ curatoris произволу чужаго лица, магистрату. Этому съ установленіемъ curae perpetuae и не противорѣчила сущность попечительства. Cura perpetua распространилась и на безумныхъ, такъ какъ лѣта, а не состояніе душевныхъ силъ, стали предлогомъ назначенія попечительства надъ извѣстным и лицами. А всеобщая роскошь и мотовство послѣднихъ временъ республики, всего императорскаго періода, естественно могло озаботить каждаго наслѣдодателя о будущей судьбѣ своего имущества, а потому и была предусмотрѣна форма завѣщательнаго попечительства, на случай расточительности наслѣдника (L. 25, § 1 D. 27, 10). Но этимъ старое по-

ложеніе не отмѣнено, а, какъ всегда въ Римскомъ Правѣ, только обойдено, но такъ обойдено, что практическаго значенія уже не имѣло вовсе. Что это было уничтоженіемъ въ формѣ обхода указываетъ и самый способъ уничтоженія, а именно участіе власти, но участіе безъ вліянія и вполнѣ лишнее.

Кромѣ всего сказаннаго слѣдуетъ еще замѣтить, что выставлять характеристическимъ признакомъ опеки возможность ея delatio по завѣщанію, въ общемъ будетъ невѣрно уже потому, что нѣкоторые виды опеки не допускаютъ вовсе delationem per testamentum. Мы говоримъ о tutela patronorum (см. Demangeat 1 § 361 и слѣд).

Итакъ для позднѣйшаго періода Римскаго права, какъ tutela, такъ и cura, на равныхъ положеніяхъ могли быть назначаемы по завѣщанію (Dabelow 3 стр. 543), а для древнѣшаго быта невозможность попечительства по завѣщанію, какъ чисто фактическая, не условливалась теоретическою сущностью этого института, а потому и тогда не могла быть выставляема, какъ признакъ теоретическаго его различія отъ опеки.

Въ связи съ разсмотрѣннымъ различеніемъ высказывали и другую отличительную черту попечительства.

Такъ, мы полагаемъ, что если дѣйствительно попечительство въ древности только и могло быть cura legitima и davita (L. 13 D. 27, 10; § 3 I. 1, 23....), то вѣдь съ другой стороны и tutela могла быть также dativa. Но это послѣднее положеніе расходится съ господствующимъ мнѣніемъ, по которому опека, какъ право извѣстныхъ лицъ, могла нормально открываться только по закону. Tutela testamentaria допускалась только впослѣдствіи (Heimbach стр. 355), въ силу признанаго и то несразу [1]) права полнаго распоряженія своею собственностью [2]). Такъ выходитъ по этому воззрѣнію, что допущенная

---

[1]) Гансъ (Scholien z. Gaj. стр. 178—226) думаетъ, что опека по завѣщанію также древня, какъ и по закону (или обычаю moribus introduc ta Ulp. XI § 2), но съ этимъ согласиться, значитъ вполнѣ отказаться отъ взгляда на родовой бытъ, на исторію индивидуальной собственности въ связи съ исторіею постепеннаго расширенія правъ отдѣльнаго лица.

[2]) Нѣкорые особенно послѣдовательные писатели (напр. Gothofredus, Thibaut civil. abhandl. XII стр. 285 Hasse Rhein. Museum 1828 стр. 156—158) не считаютъ даже и tutela testamentaria за исключеніе, отождествляя завѣщаніе съ закономъ. См. L. 7 C. Theod. (13, 5). Правда, въ источникахъ legitima tutela часто понимается въ обширномъ смыслѣ (L. 130 D. 50, 16, Ulp. XI § 14), но смыслъ этотъ будетъ не тотъ, который желаютъ эти писатели, а тотъ, что всѣ акты, не противные закону, признаются въ юридическомъ быту за законные. Поэтому testamentaria tutela

впослѣдствіи tutela dativa (Dig. de tutor. et curator. datis ab his qui jus d. hab. ect. 26, 5; Cod. qui dare tut. l. curat. et qui dari p. etc. 5, 34) не соотвѣтствуетъ сущности опеки, почему и разрѣшается ее назначать магистратамъ по особому закону: Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Sctum, vel Princeps (L. 6 § 2 D. 26, 1; § 4 I. 1, 20; L. 8 pr. D. 26, 5; L. 1 C. 5, 33, L. 2 § 5 D. 50, 1. Послѣдній фрагментъ Бурхарди (Grundzüge стр. 136) перефразировалъ въ: nam Reipublicae nihil interest, res pupilli salvas esse, между тѣмъ какъ въ текстѣ говорится: Reipublicae nihil interest....*pupillis tutoris dari*). И этимъ закономъ, впервые допустившимъ tutela dativa, считаютъ (Рудорфъ I, 70, 71; *Arnold* стр. 386) Lex Atilia (*Gaj.* J. § 185; Ulp. XI § 18; pr. 1, 20), такъ что женщины и несовершеннолѣтніе, если не имѣли родственниковъ и наслѣдниковъ послѣ нихъ, а наслѣдодатель не оставилъ завѣщательнаго распоряженія объ опекѣ, то по воззрѣнію большинства писателей (напр. *Глюкъ* 28 стр. 444, *Loehr* стр. 3; *Demangeat* I. стр. 370) до Lex Atilia они оставлялись на произволъ судьбы. Это мнѣніе считается господствующимъ. Но уже сомнѣніе въ его достовѣрности давно высказалось въ литературѣ (см. напр. *Hugo* Lehrb. ed 10 стр. 154; *Gans* Scholien стр. 201 и др....), хотя всякое новое предположеніе разбивалось о значеніе Legis Atiliae и Iuliae Titiae въ исторіи опеки. Дѣйствительно, нельзя допустить, какъ низко ни стояло бы общество, чтобы покидались на произволъ грудные мла-

---

называется иногда legitima, но не въ смыслѣ опеки по закону, а въ смыслѣ законной опеки quia testamento nominatim tutores dati *confirmantur lege duodecim tabularum*. Что lex и testamentum, какъ источники delationis tutelae рѣзко различались въ источникахъ срав. Ulp. XI § 3 и Paulus L. 7 D. 26, 2; Gaj. I. § 155; Pr. I. 1, 15. Выраженія, приводимыя нѣкоторыми писателями (см. напр. Thulting стр. 599 прим. 42) вродѣ: In publicis nihil est lege gravius: in privatis firmissimum est testamentum (Cic. Philipp. 11 cap. 42), конечно, немогутъ служить выраженіемъ начала римскаго права: завѣщаніе—законъ. Также неосновательно считать tutela testamentaria за species tutelae dativae *Cujacius* Paratitla in lib. 26 Dig. tit. II и IV) на томъ основаніи, что право назначать по завѣщанію опекуна предоставляется закономъ и этимъ какъ бы утверждается назначеніе въ завѣщаніи. Дѣйствительно, tutela testamentacia называется иногда въ источникахъ tutela dativa (напр. см. Ulp. XI § 14) но въ томъ смыслѣ, что tutor testamento *datur* (Gaj. I § 144, 155). Основаніе же дѣленія tutelae на legitima, testamentaria и dativa лежитъ въ непосредственномъ источникѣ каждаго: законъ, завѣщаніе, воля начальства (см. Гай I § 144—188 и Ульпіанъ XI § 2 и 14).

денцы, безумные и имъ предоставлялось бы самимъ промышлять о себѣ изъ своего имущества. Всегда былъ организованный надзоръ, а такъ какъ другаго надзора за подобными лицами древній Римъ не зналъ кромѣ опеки, то слѣдуетъ предположить, что это была опека по назначенію властей. Противное разсужденіе возбудило бы такое же недоразумѣніе Римскихъ юристовъ, какъ и насъ. Такъ Гай говоритъ (I § 189): *naturali rationi conveniens est,* ut is, qui perfectae aetatis non sit alterius tutela regitur».

Нѣкоторые писатели (напр. *Zimmern* § 234) предполагаютъ, что одну изъ обязанностей претора составляла administratio bonorum такихъ индивидовъ (Cic. Verr. I 56: «Quibus de bonis? pupilli, cujus aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, defendere Praetor debuit»-ничего не говоритъ, такъ какъ не опредѣляетъ характера заботы претора). Но кромѣ многочисленныхъ и безъ того обязанностей претора эту новую навязывать ему совершенно неосновательно.

Если совершеннолѣтнему furioso и расточителю по обычаю (а не по закону) уже съ древнѣйшихъ временъ за неимѣніемъ попечителя по закону преторъ назначалъ попечителя (*Cic* Tusc. III; 5; Lege XII prodigo interdicitur bonorum suerum administratio, *quod moribus ab initio* introductum est L. 1, 2, 6, 15 D. 27, 10; L. 8 § 3: L. 12 pr. D. 26, 5; § 3, 4 I. 1, 23; L. 1, 13 C. 5, 70), не принимая на себя заботы объ имуществѣ подобныхъ лицъ, мало того, если несомнѣвались въ правѣ претора назначить попечителя и такимъ лицамъ, которыя вовсе не подходили подъ опредѣленія XII таб., но которыя rebus suis superesse non possunt (см. Gebauer de action tutelae advers. magist. 2 (Exercit. Academ. Vol. 1 N. 8); Schulting Iurispr. Antej. стр. 605), то какое основаніе отрицать назначеніе надзора за несовершеннолѣтними безумными, а слѣдовательно и надъ всѣми остальными, требовавшими надзора, соотвѣтствующаго ихъ состоянію, т. е. опеки? Этому не противорѣчитъ и выше цитированный L. 6 § 2 D. 26, 1. Такъ извѣстно, что закономъ (Lex Gaj. 1 § 3) называлось въ республиканскія времена постановленіе народныхъ собраній. Если господствующее мнѣніе признаетъ свободное право составленія завѣщаній за одно изъ древнѣйшихъ правъ, хотя въ каждомъ случаѣ требовалось постановленіе народнаго собранія, то отчего же не допустить, что въ каждомъ данномъ случаѣ по представленіи кого либо изъ гражданъ (что это могло составить обязанность каждаго гражданина, указываетъ actio de suspecti crimine)

народное собраніе не разрѣшило бы магистрату tutoris dationem Boecking Instit. § 45.

А что еще до закона Атилія была извѣстна tutela dativa, положительно доказывается искони (.... olim dabatur Gaj. 1 § 184; § 3 I. 1,21; moribus tutor datur Ulp. 11 § 24) извѣстными tutores praetorii. Думаютъ (см. напр. Gans Scholien z. Gaj. стр. 202), что это былъ единственный видъ опекуновъ по назначенію до изданія закона Атилія на томъ основаніи, что Гай даетъ это названіе только опекуну, назначенному на случай какихъ либо судебныхъ притязаній между пупилломъ и его опекуномъ. [1]) Самъ Гай объясняетъ происхожденіе этого названія quia a Praetore urbano dabatur [2]). Слѣдовательно еще неизвѣстно, какъ назывался бы опекунъ и въ остальныхъ случаяхъ назначенія его преторомъ. До насъ эти остальные случаи не дошли, а потому и выводовъ на такомъ общемъ словопроизводствѣ строить нельзя. Но что еще до Lex Atilia возможна была tutela dativa, свидѣтельствуютъ нѣсколько примѣровъ, относимыхъ къ неизвѣстнымъ намъ Sct'амъ. Такъ тотъ же Гай въ I §

---

[1]) Gans Scholien стр. 201 и Dabelow 3 стр. 508 распространяютъ для древности значеніе tutorum praetoriorum за предѣлы упоминаемаго Гаемъ случая ихъ назначенія. Но едва ли подобное распространеніе можетъ быть признано за фактически достовѣрное, такъ какъ вопервыхъ источниками подкрѣпить его нельзя, а вовторыхъ ограниченіе въ назначеніи опекуна къ лицамъ, лишеннымъ опеки по закону и завѣщанію, только для единичныхъ актовъ, не имѣетъ смысла. Споръ идетъ о принципѣ: можетъ ли преторъ назначать опекуна, и коль скоро допускается tutela dativa для единичныхъ актовъ, то чѣмъ обмотивировать отказъ въ назначеніи опекуна къ цѣлой суммѣ единичныхъ актовъ, которая составитъ функціи обыкновеннаго tutoris dativi perpetui?

[2]) Въ новѣйшее время заподозрили достовѣрность этого словопроизводства (см. Heimbach 13 стр. 724 прим. 1678) на томъ основаніи, что Гай и Ульпіанъ о tutores praetorii упоминаютъ только на случай legis actio между пупилломъ и опекуномъ, а такъ какъ praetura urbana образовалась позднѣе, чѣмъ процессъ per legis actiones, то считаютъ нелогичнымъ отнести начало назначеній tutelae praetoriae къ обязанностямъ praetoris urbani, а слѣдовательно допустить и словопроизводство Гайя. Мы же полагаемъ, что прежде, чѣмъ дѣлать такое заключеніе, слѣдовало бы доказать, что tutores praetorii необходимо должны были появиться съ учрежденіемъ процесса per legis actiones, а именно, что процессъ между опекуномъ и пупилломъ съ древнѣйшихъ временъ допускался во время самой опеки (L. 9 § 4 D. 27, 3) и что съ древнѣйшихъ временъ tutela praetoria было единственнымъ средствомъ судебнаго представительства пупилла. Будетъ это доказано, тогда только мы будемъ въ правѣ обвинить Гайя въ такомъ явномъ невѣжествѣ по познаніямъ римской древности. А такъ какъ доказать этой связи между tutela praetoria и процессомъ per legis actiones намъ невозможно, то и остаемся пока при словопроизводствѣ Гайя.

173 говоритъ: praeterea senatus consulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere... (Ulp. XI §§ 22,23). Что Sctum этотъ долженъ былъ появиться раньше закона Атилія (см. Gans Scholien стр. 206—216), я принимаю въ противность обыкновенному мнѣнію, конечно выходя изъ смысла, обыкновенно связаннаго съ содержаніемъ, этого Scti, потому что, если Lex Atilia выражалъ общее правило о допущеніи tutelae dativae, то не было надобности въ особомъ законѣ на частный ея случай. Это хотя единственное, но всетаки основанное на умозаключеніи по содержанію словъ Гайя, доказательство нашего мнѣнія, которому не можетъ противорѣчить почти неизвѣстная хронологія Legis Atiliae (см. Рудорфъ § 46, I стр. 430 и слѣд. Gans стр. 206) и вовсе неизвѣстная упомянутаго Scti. Но не противорѣчимъ ли мы себѣ, допуская tutelam dativam до изданія Leg At. только по особому закону? Нисколько: Sctum этотъ имѣлъ въ виду разрѣшить дѣйствительно новый вопросъ практики, но не тотъ, что допустить ли tutelam dativam въ данномъ случаѣ (какъ это можно было бы понять изъ словъ Ульпіяна 11 § 22), а тотъ: можетъ ли просить пупиллъ *самъ* (L. 2 § 3 D. 26,6) себѣ опекуна *при живомъ и неустраненномъ другомъ*. Такой же смыслъ имѣетъ и другой извѣстный намъ Sctum, допустившій право вольноотпущенной въ отсутствіи патрона и опекуна просить себѣ въ извѣстныхъ случаяхъ (ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas см. Huschke Gajus. Beiträge zur Kritik u. zum Verständ. seiner Instit. 1855 г. стр. 29) другаго по назначенію власти (Gaj. I §§ 174, 176). Опять вся суть постановленія въ томъ, что вольноотпущенная можетъ просить себѣ другаго опекуна при жизни законнаго патрона, а что tutela dativa дозволялось или нѣтъ, объ этомъ можно скорѣе думать утвердительно на основаніи этого Scti, чѣмъ отрицательно въ виду удареній на такихъ пунктахъ, которые дѣйствительно были новые и не касались опеки по назначенію (этимъ объясняется и противорѣчіе допущенное, въ хронологіи cit. Sctorum Гансомъ въ виду закона Юлія de marit. ordinibus см. Heidelberg. Zeitschr. за 1821 г. стр. 477).

Въ послѣднее время нѣкоторые весьма немногіе писатели (напр. Löhr Mag. 3 стр. 9), сознавая несостоятельность разсматриваемаго частнаго различенія опеки отъ попечительства, полагаютъ что и безумные, расточители если не имѣли агнатовъ или гентиловъ, то оставались въ древнемъ Римѣ вовсе безъ попечителей. Правда XII Таблицы говорятъ только о cura legitima надъ подобными лицами, а потому съ

перваго взгляда это мнѣніе имѣетъ нѣкоторую вѣроятность. Но при болѣе внимательномъ чтеніи источниковъ мы замѣчаемъ, что Lex Atilia могъ относиться только къ опекѣ (Gaj. 1 § 200 curatores ad quos non e lege curatio pertinet set... a Praetore dantur), а потому право претора назначать попечителей должно быть признано съ древнѣйшихъ временъ. Такъ Lex Atilia при назначеніи преторомъ опекуна требовалъ соучастія majoris partis tribunorum plebis (Gaj. I § 185; Ulp. 11 § 18). При назначеніи попечителей объ этомъ условіи нѣтъ и рѣчи, а напротивъ въ curator honorarius назначалось всегда то лицо, quem ipse praetor voluerit (Ulp. 12 § 1, 3, 4; см. также L. 13 D. 27, 10).

Спрашивается: какой же смыслъ имѣло изданіе закона Атилія? Надо сказать, что при тѣсномъ патріархальномъ родовомъ бытѣ случаи, разсматриваемые нами, могли быть весьма рѣдки. Всегда могъ найтись какой нибудь gentilis, который и обязанъ былъ принять на себя опеку (Hugo стр. 136 изд. 10). Съ распаденіемъ же рода, съ постепеннымъ ослабленіемъ значенія gentilitatis, опека все ограничивалась болѣе тѣснымъ кругомъ, а именно членами уже только семьи. Съ этимъ постепеннымъ исчезновеніемъ рода случаи разсматриваемые становились возможными все чаще и то, что прежде самовольно предусматривалось властью претора по чрезвычайной рѣдкости, не требовавшей особаго закона, стало явленіемъ обыкновеннымъ

Чтобы регулировать разъ на всегда обязанности претора въ этомъ отношеніи изданъ былъ Lex Atilia. Закономъ этимъ впервые была выказана общимъ правиломъ обязанность каждаго гражданина принимать на себя опеку. Ужь это одно должно свидѣтельствовать за то, что имъ выказывалось начало, подготовленное уже практикою.

Этимъ мы оканчиваемъ разсмотрѣніе всѣхъ частныхъ различеній опеки отъ попечительства, различеній, составлявшихъ выводы изъ выше разсмотрѣнныхъ общихъ положеній по нашему вопросу. Въ силу всего сказаннаго, мы признали всѣ эти частныя положенія также неосновательными, какъ и теорія общаго различенія, которымъ они служатъ въ тоже время и подтвержденіями.

Въ общемъ за неосновательность всякой попытки различить опеку отъ попечительства будетъ свидѣтельствовать уже одно безразличное назначеніе той или другаго въ каждомъ данномъ случаѣ. Многіе писатели ясно сознавали необходимость прежде, чѣмъ высказать тотъ или другой взглядъ на различіе опеки отъ попечительства, рѣзко разграничить случаи примѣненія той и другаго. Такъ нѣкоторые писа-

тели различаютъ, хотя чаще только для позднѣйшаго времени, опеку и попечительство по субъектамъ, къ которымъ они относятся. Говорятъ: tutela est impuberum, cura minorum (Zoesius Comm. in Dig. стр. 587; Struvius Synt. jur. civ. ч. 2 стр. 514 п. 7; Höpfner стр. 209; Noodt. ad. L. 26 tit. 1; Selchow Element. § 574; Wiesner § 19; Thibaut § 498; Seuffert Lehrbuch § 37 и др.). Если бы это различеніе для Римскаго Права было бы даже дѣйствительно вѣрнымъ, то все таки оно не выяснило бы намъ теоретическаго различія обоихъ институтовъ. Слѣдовало бы указать на тѣ внутреннія особенности въ сущности той и другаго, которыя условливались бы особенностями субъекта той и другаго. Но для Римскаго Права это положеніе даже фактически невѣрно. Въ позднѣйшія времена по крайней мѣрѣ попечительство совершенно свободно допускалось и надъ несовершеннолѣтними (напр. § 5 I. 1, 23; L. 13 pr. D. 26, 1; L. 11, 15 D. 26, 5; L. 32 pr. D. 26, 7; L. 19 D. 26, 8; L. 9 26, 10.; L. 10 § 8 D. 27, 1; L. 1 §§ 17—21 D. 37, 9; L. 10 C. 5, 34; L. 3 C. 5, 36; L. 11 C. 5 62 и проч. [1]). Множество попытокъ (см. Рудорфъ 1 § 12) было опредѣлить строго тѣ случаи, когда къ несовершеннолѣтнему назначалась опека, а когда попечительство, но всѣ эти опредѣленія мало по малу принимали видъ перечисленія содержанія всѣхъ фрагментовъ, допускавшихъ попечительство надъ impuberes (см. напр. Cujacius Paratitla in lib. Dig. 26 tit. 5 Schweppe d. röm. Privatrecht § 744; Brinz стр. 1371) пока, наконецъ, ясно было сознано (уже Huber Prael. стр. 78 высказываетъ почти эту же мысль; Löhr. Mag. 3 стр. 452; Bethmann-Hollweg стр. 236; Wening т. 3 стр. 103; Рудорфъ 1 стр. 83; Heimbach 3 стр. 219), что Римскіе юристы относились совершенно безразлично къ этому вопросу и свободно въ любомъ случаѣ допускали то опеку, то попечительство (L. 9 § 9 D. 26, 7; L. 10 § 4 D. 27, 1. Nov. 72 c. 2). Уже это одно должно было бы убѣдить насъ, что субъектъ не имѣетъ вліянія на теоретическій характеръ института. Мало того, даже возраженіе, что попечительство надъ несовершеннолѣтними есть нѣчто другое, чѣмъ попечительство надъ миворами безумными, расточителями, разбивается о ясныя сло-

---

[1]) Неосновательно полагаютъ нѣкоторые писатели (напр. Haimberger § 170, 174), что попечительство назначается всегда только къ такимъ пупилламъ, которые находятся уже подъ опекою. См. напр. L. 6 § 4 D. 26, 1; L. 9 § 9; L. 40 D. 26. 7; L. 3 C. 5, 29; L. 17 § 1 D. 49, 1:... *tutor* ei... *dabitur*, quoniam curatoris ad hoc inutilis est..

ва источниковъ, по смыслу которыхъ тождество того и другаго не можетъ быть подвержено никакому сомнѣнію (см. Hermogen. L. 48 D. 26, 7). Послѣ этого спрашивается: можно ли настаивать на различіи опеки и попечительства уже на томъ признакѣ, что первая дѣйствительно почти (L. 1 pr. D. 4, 4) никогда не назначалась къ совершеннолѣтнимъ (Cujacius Observ. L. XVII cap. 7, 25)?

И такъ, хотя и одностороннимъ, безразличнымъ назначеніемъ одного вида надзора за имущественнымъ интересомъ вмѣсто другаго, всѣ попытки различить ихъ будутъ всегда неосновательны, а этимъ подтвердится вторично, не только уже въ общемъ, неосновательность положеній этого различенія.

Кромѣ несостоятельности разсмотрѣнныхъ попытокъ различить опеку и попечительство за полное тождество ихъ говорить и вся сумма тѣхъ частныхъ опредѣленій источниковъ, которыми вполнѣ исчерпываются вопросы 1) объ общемъ внѣшнемъ характерѣ опеки и попечительства и 2) объ условіяхъ принятія, отправленія, прекращенія ихъ. Всѣ эти частныя положенія распространяются какъ на опеку, такъ и на попечительство. Въ наукѣ подобная общность подала поводъ къ образованію даже особаго отдѣла о т. н. communia tutelae et curae.

Такъ прежде всего по внѣшнему характеру какъ опека, такъ и попечительство разсматривались, какъ personale (L. 1 pr. D. 50, 4) munus (см. опредѣленіе понятія munus въ L. 18; L. 214 pr. D, 50, 16) publicum [1]): aeque personale munus est tutela, cura adulti, furiosi item prodigi, muti, etiam ventris (pr. I. 1. 25; L. 1 § 4; L. 18 § 1 D. 50, 4; L. 239 § 3 D. 50, 16).

Какъ munera опека и попечительство были обязательны для лицъ, которымъ они открывались: munus proprie est, quod necessarie obimus (L. 214 D. 50, 16). Въ силу этого положенія администра-

---

[1]) Опредѣленіе опеки и попечительства, какъ munera *publica* основывается на словахъ Марціана L. 214 D. 50, 16 изъ его Lib. *publicorum* judicior. см. т. L. 9 D. 1, 6 см. Heineccius Antiquit. стр. 201. Подробное основаніе этого воззрѣнія см. у Виснера §§ 31—40); хотя другія выраженія источниковъ и заставляютъ сомнѣваться въ подобномъ характерѣ обоихъ институтовъ. Напр. см. L. 6, § 15 D. 27, 1: tutela non est Reipbllicae munus... или L. 2 § 5 D. 50, 1... reipublicae autem nihil... interest, pupillis tutores dari (см. Höpfner § 166). Мы соглашаемся съ писателями перваго воззрѣнія, такъ какъ Институціи Юстиніана не могутъ оставить никакого сомнѣнія въ немъ:... nam et tutelam et curam placuit *publicum munus esse* (pr I. 1, 25 см. Festus v. munus); хотя собственно говоря споръ этотъ на тождество опеки и попечительства вліять не можетъ, такъ какъ касается обоихъ институтовъ нераздѣльно.

тивнымъ властямъ предоставлялось право extra ordinem принуждать (cogi) къ отправленію, какъ опеки, такъ и попечительства (L. 2 D. 2, 12; L. 1 pr. D. 26, 7; L. 7 § 3 D. 26, 10; L. 9 D. 50, 4; L. 2 C. 5, 43).

Это общее положеніе допускало изъятія, обусловленныя съ одной стороны личными качествами призываемыхъ къ той или другому лицу (excusatio necessaria), а съ другой стороны правомъ на отказъ (excusatio voluntaria; potioris nominatio), предоставленнымъ самимъ закономъ при извѣстныхъ условіяхъ. Оба изъятія изъ общегражданской повинности распространялись до мельчайшихъ подробностей на оба института равномѣрно.

Какъ munera publica опека и попечительство въ принципѣ были munera masculorum (см. Bachofen Ausgewählte Lehren des röm. Civilrecht. стр. 4), почему женщины не могли быть ни опекунами (L. 16, 18 D. 26, 1; L. 1 C. 5, 35), ни попечителями (Bruns Font. t. 5; L. 21 pr. D. 26, 5). Впослѣдствіи (времени точно опредѣлить нельзя; см. опыты этого опредѣленія у Виснера § 430) было сдѣлано исключеніе для матери и бабки подъ извѣстными условіями (L. 2 C. 5, 35; Nov. 94 cap. 2; Nov. 118 cap. 5). Правда, источники, упоминая объ этомъ исключеніи, говорятъ только объ опекѣ (срав. Nov. 22 c. 40 съ L. 1 pr. D. 26, 5), но изъ этого нельзя заключить, чтобы оно не распространялось и на попечительство: по крайней мѣрѣ до сихъ поръ еще не придумано убѣдительнаго основанія подобнаго ограниченія. Такъ если напр. Emmerich (стр. 208 и 9) полагаетъ, что взрослые требуютъ лучшаго и болѣе твердаго надзора, чѣмъ можно было бы его ожидать отъ женщины, то для примѣра попечительства надъ безумными это основаніе ограниченія не идетъ вовсе (см. Brissonius Verb. signif. v. *tutela*).

Далѣе, абсолютно устранялись какъ отъ опеки, такъ и попечительства: рабы (L. 7 C. 5, 34), перегрины, liberti dediticii, deportati (Ulp. 22 § 2; L. 17 § 1 D. 48, 19), расточители (L. 5 C. 5, 30 срав. L. 12 § 2 D. 26, 5), или вообще лица порочныя (L. 8 D. 26, 3), лица, разъ уже удаленныя отъ отправленія опеки или попечительства (L. 1 § 8 D. 26, 10), кто стремится достичь той или другой подкупомъ (L. 21 § 6 D. 26, 5); затѣмъ: нѣмые, глухіе, слѣпые (L. 1 C. 5, 67 срав. съ L. 1 § 2, 3 D. 26, 1) моложе 25 лѣтъ (§ 15 I. 1, 25; L. 5 C. 5, 30), furiosi, mente capti (§ 2 I, 1, 14); затѣмъ епископы, монахи (Nov. 123 c. 5), militiae armatae muneribus occupati (§ 14 I. 1, 25; L. 4 C. 5, 34), сборщики податей (conducto-

res vectigalium L. 8 § 1 D. 50, 5; L. 5 C. 5, 41), декуріоны (L. 2 C. 5, 33), евреи надъ Христіанами (съ Θеодосія L. 16 pr. C. 1, 9); затѣмъ: кредиторы и должники подъопечныхъ (Nov. 72 cap. 1 5; Nov. 94 cap. 1) или вообще ведущіе процессъ съ ними о болѣе существенномъ имуществѣ ихъ (L. 21 pr. D. 27, 1 срав. съ L. 20 D. cod.); лица, ведущія процессъ съ родителями ихъ о правахъ состоянія (§ 12 I. 1, 26), или вообще враги ихъ и самихъ подъопечныхъ (§§ 9—12 I. 1, 25; L. 3 § 12 D. 26, 10).

Точно также и право отказовъ отъ того и другаго института предоставлялось по однимъ и тѣмъ же основаніямъ; причемъ открытіе опеки или попечительства было безразлично на осуществленіе этого права (для попечительства это положеніе выказано ясно (L. 30 § 2 D. 27, 1); для опеки прежде оно считалось спорнымъ см. Рудорфъ 2 § 62). Итакъ основаніями отказа какъ отъ опеки, такъ и попечительства были:

1) Трое законныхъ дѣтей въ Римѣ, 4 въ Италіи и 5 въ провинціи (L. 2 § 2—8 D. 27, 1).

2) Tria onera tutelae vel curae in una domo (§ 5 I. 1, 25; L. 3, 15 § 15 D. 27, 1; Frag. Vatic. §§ 125, 188, 190) или даже одна опека, одно попечительство, но управиться съ которыми представляется много труда (L. 31 § 4 D. 27, 1).

3) Управленіе казеннымъ или императорскимъ имуществомъ (administratio rei fiscalis et principis § 1 I. 1, 25; L. 41 D. 27, 1; L. 1 C. 5, 66). Но подъ эту категорію не подходили управители общиннаго имущества (L. 15 § 7—10 D. 27, 1; L. 2 C. 11, 29).

4) Извѣстныя государственныя напр. коммисаріятскіе чиновники (primipilarii Theod. Hermopol.) и придворныя должности и званія (§§ 1, 3 I. 1, 25; L. 6 § 14, 16; L. 17 § 5; L. 30; L. 41 pr. и § 1 D. 27, 1), какъ свѣтскія (Frag. Vat. § 147; L. 21 § 3 D. 27, 1), такъ и духовныя (для язычества см. Fr. Vat. § 148; для христіанства см. L. 52 C. 1, 3; Nov. 123 c. 5).

5) Извѣстныя professiones artium liberalium. Такъ напр. отъ опеки и попечительства могли отказаться grammatici, sophistae, rhetores и medici. Послѣдніе впрочемъ только тогда, когда были въ тоже время circulatores, т. е. штатными (§ 15 I. 1, 25; L. 6 § 1 D. 27, 1; Frag. Vat. § 149). Legum doctores, если учили въ Римѣ (L. 6 § 12 D. 27, 1). Впослѣдствіи Константинъ предоставилъ эту привиллегію всѣмъ professoribus litterarum и doctoribus legum безъ

всякихъ только что упомянутыхъ оговорокъ (L 6 C. 10, 51) и т. д. (см. L. 6 §§ 1, 2, 5, 8 D. 27, 1).

6) Отсутствіе republicae causa освобождаетъ не только a suscipienda tutela vel cura, no etiam a tutela vel cura jam suscepta. На оба института распространяется anni vacatio (annus copulatorum dierum § 2 I. 1, 25; L. 10 pr. §§ 1—3 D. 27, 1).

7)Одержаніе побѣды въ какомъ нибудь общественномъ состояніи, напр. въ качествѣ бойца и т. п. (L. 6 § 13 D. 27, 1).

8) Прежняя безпорочная военная служба (L. 8 D. 27, 1; Frag. Vat. § 140).

9) Принадлежность къ нѣкоторымъ корпораціямъ (L. 17 § 1—3; L. 26 D. 27,1).

10) Положеніе имущества въ извѣстномъ отдаленіи отъ мѣстожительства лица, призываемаго къ опекѣ или попечительству (L. 46 § 2 D. 27, 1; Frag. Vat. §§ 203, 241).

11) Бѣдность (§ 6 I. 1, 25; L. 7; L. 40 § 1 D. 27, 1), безграмотность (§ 8 I. 1, 25; L. 6 § 9 D. 27, 1; Fr. Vat. § 244), хотя въ уваженіе могли быть приняты только по личному усмотрѣнію магистрата (см. Mynsingerus Scholia ad Instit. стр. 124 и 125).

12) Возрастъ старше 70 лѣтъ (§ 13 I. 1, 25).

13) Наконецъ, основаніе отказа отъ попечительства бывшаго опекуномъ (§ 18 I. 1, 25; L. 25 D. 26, 5; L. 16 D. 27, 1; Paul. 2,27 § 2; L. 20 C. 5, 62 Frag. Vat. §§ 188, 200) часто распространяютъ (напр. Donell. Comm. 3, 18 § 12; Voet ad. D. 27, 10 § 15; Schweppe Privatr. § 746; Dabelow 3 § 308) и совершенно справедливо на попечительство, т. е. предоставляютъ и попечителю право отказаться отъ дальнѣйшаго попечительства съ достиженіемъ минора 25 лѣтъ, какъ напр. въ случаѣ безумія или расточительства достигшаго 25 лѣтъ. Вѣдь изъ того, что напр. опека надъ безумнымъ продолжается въ видѣ попечительства и по достиженіи имъ совершеннолѣтія не слѣдуетъ, чтобы прежній опекунъ продолжалъ свои обязанности, такъ точно напр. попечитель, назначенный къ *минору*, не обязывается быть попечителемъ и надъ *майоромъ*, буде онъ окажется безумнымъ или расточителемъ (какъ думаетъ напр. Lyncker § 9 стр. 22). Назначается попечитель къ безумному или расточителю non ut furioso, sed ut adolescenti, (L. 3 § 1 D. 26, 1; L. 1 C. 5, 70. Противное, но совершенно безъосновательно говоритъ Walch s. 1 m. 3, XX); слѣдовательно, когда лицо подъ опечное перестанетъ быть adolescens, то и попечительство бывшаго

curatoris *minorum* должно прекратиться, а назначается уже cura furiosi, prodigi. Это положеніе безспорно подтверждается примѣромъ попечительства надъ несовершеннолѣтними. Съ достиженіемъ пупилла совершеннолѣтія бывшій его попечитель не обязывается продолжать отправленіе попечительскихъ обязанностей (L. 25 D. 26, 5; L. 1 C. 5, 60 см. Azo Comment. in Lib. V Cod. Tit. 34 стр. 419; Zöpfl § 15). Наконецъ, назначенію попечительства напр. надъ безумными (furiosi, *dementes*) предшествовало тщательное (plenissima) causae cognitio (L. 6 D. 27, 10), а такъ какъ по крайней мѣрѣ dementia было состояніемъ природнымъ, то и causae cognitio и наложеніе попечительства только и могло быть по достиженіи dementis 25 лѣтъ.

Вотъ всѣ основанія отказовъ отъ опеки и попечительства. Итакъ въ этомъ отношеніи оба института ничѣмъ не отличаются другъ отъ друга. Даже сроки и другія условія отказовъ распространяются безразлично на оба института (см. напр. L. 13 § 1; L. 21 § 2 D. 27, 1; § 17 I. 1, 22; L. 5 C. 5, 62).

Далѣе, на первый взглядъ оставляетъ нѣкоторое недоразумѣніе чтеніе источниковъ о т. н. potioris nominatio.

Фрагменты Ватиканскіе, ясно говоря о potioris nominatio при открытіи только опеки (Frag. Vat. §§ 157, 158, 159—167, §§ 206—220 см. также Paulus 2, 28, 29), оставляютъ недоразумѣніе: допускалось ли оно и для попечительства. Новѣйшіе ученые совершенно справедливо распространяютъ potioris nominatio и на попечительство (см. Buchholtz Frag. Vat. Excurs. 2 стр. 333; Zimmern § 242 и др.). Кромѣ того, что невозможно придумать основанія этого исключенія, нѣкоторыя положительныя данныя утверждаютъ распространительное толкованіе. Такъ, Oratio Severi de potioribus nominandis составляла только часть orationis divi Severi de praediis minorum non alienandis, которая распространялась какъ на опекуновъ, такъ и на попечителей (L. 1 § 2; L. 8 § 1 D. 27,9). Слѣдовательно, можно предполагать, что и первое составляло для обоихъ институтовъ общее правило. Кромѣ того за это предположеніе и другія болѣе или менѣе ясныя выраженія источниковъ (напр. Frag. Vat. § 211... curae destinati... Или въ L. 12 C. 5, 34.... sub praetextu specialis curatoris a se nominati...) и самое важное изъ нихъ это—формула potioris nominationis (Frag. Vat. § 166). Изъ содержанія этой формулы можно сдѣлать заключеніе (Рудорфъ 2, стр. 13), что potioris nominatio допускалось только при назначеніи властей, а такъ какъ decreto praetoris могъ быть назначенъ какъ

опекунъ, такъ и попечитель, то слѣдовательно положеніе необходимо распространить и на послѣдняго.

Теперь, что касается до утвержденія опекуновъ и попечителей въ ихъ обязанностяхъ, то мы имѣли слѣдующія, общія для тѣхъ и другихъ, положенія:

Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus, a quibus et tutores (§ 1 I. 1,23; L. 12 pr. D. 26,5; L. 1,2 D. 27.10). Точно также и правила о confirmatio опекуновъ совершенно тѣже, что и для confirmatio попечителя (напр. L. 1 § 1; L. 6: D. 26,3; D. 16 D. 27,10; L. 2 C. 5,29). Такъ, въ обоихъ случаяхъ конфирмація производится одними и тѣми же магистратами (L. 1 § 1; L. 2, 6, 8, 10 D. 26,3; L. 16, 32 D. 27,1; L. 2 — 4 C. 5,29; Frag. Vat §§ 159, 246).

Конфирмаціи въ обоихъ случаяхъ должно предшествовать удостовѣреніе въ требуемыхъ закономъ личныхъ качествахъ призываемаго къ опекѣ или попечительству (L. 28 § 2 D. 26,2; L. 1 § 2 D. 26,3; L. 4 § 4 D. 26,6; L. 30 § 3 D. 27,1; L. 1,4 C. 5,29). Этимъ положеніемъ уничтожается различіе между опекою и попечительствомъ надъ минорами въ смыслѣ прежде господствующаго воззрѣнія. Такъ, извѣстное положеніе, inviti adolescentes curatorem non accipiunt, понимали обыкновенно (см. Boelens - de L. Laetoria etc. стр. 111, 112) въ томъ смыслѣ, что лицо попечителя зависѣло отъ выбора самаго минора. Но такъ какъ источники говорятъ ясно, что назначеніе попечителя можетъ быть не иначе, какъ послѣ inquisitio его личныхъ качествъ («si curator patronus petatur, *fides inquisitionis* pro vinculo cedet cautioni «L. 13 § 2 D. 26, 5,) то слѣдовательно право минора на выборъ себѣ въ попечители то или другое лицо ограничивается однимъ правомъ представленія на усмотрѣніе претора (Савиньи Schutz стр. 285), т. е. иначе сказать попечитель подобный будетъ такимъ же curator *dativus*, какъ и всякій tutor dativus.

Мало того, положеніе inviti adolesc. etc., понятое въ смыслѣ права минора просить самому себѣ попечителя, не можетъ составлять отличительной особенности попечительства по отношенію къ опекѣ (см. Donell. 3, 19 § 13; Voet. Comm. ad L. 27 tit 10 § 2 и друг.). Дѣйствительно противное составляло общее положеніе для опеки (L. 43 § 3 D. 3,3; L. 3, 4, 5 D. 26,6); но условливалось оно не какою нибудь особенною сущностью опеки въ отличіе отъ попечительства, но просто обыкновеннымъ состояніемъ душевныхъ качествъ тѣхъ

лицъ, которыя подпадали подъ опеку. Вотъ почему съ одной стороны лица, имѣющія право postulationis, могли сами свободно просить себѣ опекуна, а съ другой стороны нѣкоторые виды попечительства только и устанавливались по просьбѣ постороннихъ лицъ.

Такъ напр. уже въ республиканскія времена для tutela muliebris читаемъ: «a femina manumissa..... e lege Atilia petere debet tutorem (Liv. 39, 9; Gaj. I § 195; § I L. 1, 20). Или еще примѣръ:.... Senatus consulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere..... (Gaj. I § 173) и друг. (Ulp. II § 22; Gaj. I §§ 174, 176, 180, 182). Даже для tutela pupillaris нѣтъ собственно запрещенія просить самому будущему пупиллу себѣ опекуна, а напротивъ высказана только та мысль, что отъ него нельзя требовать этой petitio (L. 2 D. 26, 1), подразумѣвая подъ этимъ душевные его недостатки, обусловленные молодымъ возрастомъ. А изъ связи L. 3 § 2 D. 26, 1 съ § 3 I. 1, 21 можемъ положительно сказать, что если бы пупиллъ и попросилъ себѣ опекуна, то отказать въ этомъ не было бы никакого основанія.

Съ другой же стороны и попечительство къ минору въ извѣстныхъ случаяхъ могло быть испрашиваемо постороннимъ лицомъ (L. 2 §§ 4, 5 D. 26, 6; L. 1, 7 C. 5, 31). Мало того, сущности попечительства, какъ цѣльному институту, вообще не противорѣчило и правило, противное разсматриваемому. Такъ, попечительство надъ безумными (L. 2 § 31 D. 38, 17; L. 28 § 1 C. 5, 37; L. 3 C. 5, 70), расточителями (L. 12 § 2 D. 26, 5. У неюридическихъ писателей можно встрѣтить примѣры, что сынъ проситъ назначить попечительство къ расточителю отцу: Valer. Maxim. Exemplor. memorabil. L. 8 cap. 6. Ex. 1; Quinctil. Institut. orator. 11, 1; Seneca L. 2 Controv. 14), несовершеннолѣтнимъ, нормально испрашивалось другими (L. 2 § 29 D. 38, 17; L. 6 C. 5, 31), точно такъ, какъ и попечительство для охраненія имущественнаго интереса будущаго ребенка беременной женщины (venter L. 2 § 30 D. 38, 17).

Наконецъ, что въ общемъ не было различія по субъектамъ, обязаннымъ petere tutores и curatores, свидѣтельствуютъ слова конституціи Юстиніана L. 28 § 2 C. 5, 37: personis etiam, quae periculo proprio vel suae substantiae tutores vel curatores petierunt etc..... (Срав. еще L. 3 C. 5, 70 съ L. 2 pr. D. 26, 6; L. 10 C. 5, 31). Или такой примѣръ: несовершеннолѣтнему дозволялось самому просить себѣ попечителя (L. 3 §§ 2, 4 D. 26, 1), что въ связи съ безразличнымъ назначеніемъ къ нему опекуна или попечителя могло совер-

шенно свободно распространяться и на первую (см. L. 28 § 2 C. 5, 37).

Послѣ сейчасъ только что сказаннаго, едва ли будетъ имѣть смыслъ ссылка на L. 1 D. 26, 6 въ подтвержденіе разсмотрѣннаго различенія. Модестинъ говоритъ: «matris sollicitudo in petendis filio tutoribus (L. 2 § 23 D. 38, 17), non etiam curatoribus, observatur (L. 2 § 5 D. 26, 6). Извѣстно, что въ позднѣйшемъ законодательствѣ мать по ея желанію допускалась къ опекѣ, съ окончаніемъ же опеки всякій опекунъ, а въ томъ числѣ, конечно, и мать, обязанъ былъ напомнить своему пупиллу просить себѣ попечителя и, буде онъ не послушается этого напоминанія, то просто самому petere curatorem у начальства (L. 33 § 1 D. 26, 7; L. 7 C. 5, 31; L. 2 C. 5, 43). Слѣдовательно, слова Модестина не исключаютъ обязанности матери иногда просить своему минору попечителя (какъ на основаніи L. 6 C. 5, 36 полагалъ Кужій Observ. 17, 7), а именно когда по обязанности curatorem petere она стоитъ на первомъ мѣстѣ,—а только составляетъ выводъ изъ извѣстнаго древняго положенія, потерявшаго впослѣдствіи всякій смыслъ: никому помимо его воли не назначается попечитель. Всего же болѣе наше разсужденіе подкрѣпляется ясно признанною, подъ страхомъ отвѣтственности, обязанностью матери просить о назначеніи попечительства къ своимъ безумнымъ дѣтямъ (L. 2 § 31 D. 38, 17), такъ что если безуміе совпадетъ съ minor aetas, то эта обязанность и будетъ разсматриваться какъ обязанность curatorem petere минору (L. 12 § 2 D. 26, 5). Кромѣ того мать обязывалась просить о назначеніи попечителей къ несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ (L. 1 § 29 D. 38, 17; L. 4 § 2 D. 26, 6) или къ имуществу (L. 2 § 3 D. 38, 17).

Въ силу сказаннаго мы должны принять, что какъ опека, такъ и попечительство по отношенію къ лицу, долженствующему подпасть подъ ту или другую, носятъ принудительный характеръ и что положеніе curator *desiderantibus* adultis datur, въ позднѣйшемъ законодательствѣ не имѣло смысла въ виду разсмотрѣннаго выше закона Марка Аврелія (наоборотъ Huber Prelect. стр. 74), которымъ попечительство объявлено было институтомъ необходимымъ при наличности всѣхъ условій его. Правда, въ литературѣ попадаются попытки доказать для опеки противное этому положенію (см. Zimmern § 237), но совершенно бездоказательно (ссылаются обыкновенно на ничего не говорящій L. 2 § 3 D. 26, 6).

Личныя условія индивидовъ, подпадавшихъ опекѣ были въ общемъ совершенно тѣ же, что и для попечительства (tutela regi, tutorum aucto-

ritate regi, curatoribus regi etc.). Такъ, какъ той, такъ и другому подпадали только homines sui juris (см. напр. Gaj. 1 § 189 и слѣд., pr. I. 1, 13; § 6 I. 1, 20; §§ 3, 4 I. 1, 23: patrem habenti tutor vel curator non datur; L. 239 pr. D. 50, 16). Это составляло древнее и въ тоже время нормальное начало, вытекавшее изъ самаго назначенія обоихъ институтовъ: охранять имущественный интересъ такихъ лицъ, которыя иной необходимой для нихъ охраны не имѣли; отсюда другой признакъ, общій опекѣ и попечительству: какъ то, такъ и другое назначалось къ такимъ лицамъ, qui se suaque ipsi regere non possunt, какъ мѣтко выразился Хуберъ (praelect. стр. 74).

Когда всѣ условія на сторонѣ призываемыхъ и подчиняемыхъ опекѣ или попечительству въ наличности, то первые обязуются вступить въ отправленіе той или другаго. Этому вступленію предшествовало опять въ обоихъ случаяхъ: 1) представленіе поручительства (Gaj. 1 §§ 199, 200; L. 4 § 8 D. 46, 6; I. 1, 24; L. 7 §§ 4, 5, 6 C. 5, 70); 2) принесеніе присяги (L. 27 C. 1, 4; Nov 72 c. ult.; Nov. 155 praef.). Даже случаи освобожденія отъ представленія поручительства и принесенія присяги для обоихъ институтовъ совершенно одни и тѣ же (см. напр. pr. I. 1, 24; L. 2 D. 26, 3; L. 8 D. 37 10).

Первымъ затѣмъ (L. 7 pr. D. 26, 7) актомъ, какъ опекуна, такъ попечителя, было составленіе описи имущества пупилловъ и миноровъ (L. 7 D. 26, 7; L. 24, 26 C. 5. 37; L. 13 § 1 C. 5, 51). По составленіи описи начинается уже собственно отправленіе опеки и попечительства, и тутъ не можемъ найти нималѣйшаго различія между опекой и попечительствомъ. Вопервыхъ по отношенію къ дѣятельности и опекуны (L 14 § 1; L. 100 D. 46, 3) и попечители (L. 3 § 5 D. 26, 7; L. 13 pr. D. 27, 1) подраздѣлялись на gerentes, honorarii и notitiae causa dati. Вовторыхъ какъ опекуновъ, такъ и попечителей могло быть нѣсколько и отношенія между ними регулировались одними и тѣми же правилами (см. L. 3 pr. D. 26, 7; L. 7 § 3 D. 27, 10; L. 2 § 2 D. 42, 2;—Ulp. 11 § 26; Юстиніанъ отмѣнилъ ограниченіе Ульпіяна L. 5 C. 5, 59.—Общее правило для обоихъ институтовъ см. въ L. 1 C. 5, 40;—Срав. еще L. 5 pr. D. 26, 7 съ L. 7 § 3 D. 27, 10). Въ третьихъ по источникамъ объемъ обязанностей юридическаго характера не только не различался въ обоихъ институтахъ, но даже прямо отождествлялся (см. напр. L. 7 § 2 D. 4, 4; L. 1 § 3, 4 D. 26, 7; L. 1 § 2 D. 27, 9; L. 14 § 7 D. 46, 3; L. 27 D. 26, 7; L. 56 § 4 D. 47, 2; L. 157 pr. D. 50, 17 см.

Löpfl стр. 46; Глюкъ § 1298, 1298 a, 1304, 1390; Löhr 1 § 6; Wening § 403).

Въ частности и всѣ отдѣльныя опредѣленія внутренняго содержанія этихъ обязанностей всегда распространялись на оба института равномѣрно. Такъ напр. извѣстная Oratio Divi Severi (L. 1 § 2 D. 27, 9), распространительная интерпретація ея (L. 3 §§ 4, 5, 6; L. 5 § 1, 2, 12, 14; L. 11 D. 27, 9; Frag. Vat. § 295; L. 2 C. 5, 70; L. 13 C. 5, 71; исключенія изъ положенія (L. 1 § 2; L. 5 § 6 D. 27, 9; L. pen. C. 5, 71; L. 1, 3, 13 C. 5, 72) и, наконецъ, конституціи Константина (L. 1 Th. C. 2, 16; L. 3 in fin. Th. C. 3, 30; L. 2 C. 2, 27; L. 4 C. 5, 72; L. 22 C. 5, 37) и Юстиніана (L. 28 C. 5, 37), обобщившія всѣ эти отдѣльныя положенія — относились безразлично къ обоимъ институтамъ. Далѣе, какъ опекуну, такъ и попечителю общимъ правиломъ запрещалось самимъ или чрезъ третьихъ лицъ покупать что либо у пупилла или минора (L. 5 §§ 2, 3, 6 D. 26, 8; L. 5. C. 4, 38 срав. съ L. 46 D. 18, 1; L. 34 § 7 D. eod. Обоимъ запрещалось принимать по cessio обязательства на подъопечныхъ лицъ (Nov. 72 c, 5). По одному и тому же мотиву запрещалось опекунамъ и попечителямъ вступать въ бракъ или даже обручаться (L 60 § 5 D. 23, 2; L. 32 § 28 D. 24, 1) съ пупиллой или минорой (L. 59 D. 23, 2 срав. L. 17 C. 5, 62; L. 67 § 4 D. 23, 2; L. 7 C. 5, 6), даже послѣдствія нарушенія этого запрещенія были одни и тѣже (L. 64 pr.; L. 66 pr. D. 23, 2; L. 7 C. 5, 6) и т. д. Тоже можно сказать и о положительныхъ опредѣленіяхъ обязанностей опекуна и попечителя. Такъ напр. и тотъ, и другой обязывались не оставлять у себя на рукахъ деньги подъопечныхъ, а дѣлать изъ нихъ извѣстное употребленіе, или положить in tuto (L. 24 C. 5, 37; Nov. 72 cap. 6, 7, 8). Если же опекунъ или попечитель воспользуются деньгами подъопечныхъ, то обязаны отвѣчать предъ ними высшими процентами (L. 7 § 4 D. 26, 7 срав. L. 38 D. 3, 5 съ L. 19 § 4 D. eod.; L. 10 § 3 D. 17, 1). Оба имѣли право обновлять обязательства подъопечныхъ (L. 22 D. 26, 7; L. 20 § 1; L. 34 § 1 D. 46, 2). оба обязаны были на operis novi nuntiatio (L. 7 § 1 D. 39, 1). Правила о transactio, присягѣ, процесахъ распространялись на оба института (L. 17 § 2, 3 D. 12, 2; L. 46 § 7 D. 26, 7; L. 96 § 1 D 46, 3; L. 54 § 5 D. 47, 2) и т. д. (см. L. un. C. 5, 41; L. 49 D. 19, 2; L. §§ 11 12 D. 48, 10; — L. 25, 27 C. 5. 37 — L. 9 D. 26, 5; L. 17 D. 49, 1; L. 18 C. 6, 30 и т. д.).

Наконецъ, по окончаніи какъ опеки, такъ и попечительства должны

были быть представлены общіе отчеты (L. 9 § 4 D. 27,3; L. 14 C. 5,37), хотя опекуны и попечители обязывались вести и отдавать отчеты (rationes conficere et reddere L. 41, 46 § 5 D. 26, 7; L. 1 § 3 D. 27, 3; L. 1—4 C. 5, 53) и впродолженіе отправленія ими своихъ обязанностей.

Прекращаются опека и попечительство въ общемъ одними и тѣми же способами. Такъ, въ лицѣ опекуна, попечителя, опека, попечительство прекращаются 1) смертью ихъ (§ 3 I. 1, 22; L. 16 § 1 D. 26, 1; L. 4. pr. D. 27, 3; L. 17 C. 2, 19), такъ какъ и та, и другіе были munera *personalia* (L. 18 § 1 D. 50, 4), а слѣдовательно на наслѣдниковъ не переходили. Сперва это положеніе было высказано только для опеки (L. 16 § 1 D. 26, 1). Рескриптъ Діоклетіана и Максиміана распространилъ его и на попечительство (L. 17 C. 2, 19). Отсюда въ часности имѣемъ положеніе, что legitima tutela, какъ и legitima curatio не подлежали successio jure hereditario, а только successio ordinum et graduum (Gaj. 1 § 195; L. 16 § 1 D. 26, 1). 2) Capitis deminutio maxima et media (§ 4 I. 1, 22; L. 14 § 2 D. 26, 2; L. 2 C. 5, 30). 3) Remotio suspecti (L. 14 § 14 D. 26, 1). 4) Всѣ случаи послѣдующей excusationis. 5) Исполненіе тѣхъ дѣйствій, которыя имѣлись въ виду при назначеніи ихъ (tutor v. curator ad certas causas dati L. 3 § 1; L. 5 D. 26, 1; L. 3 C. 5, 44; L. 25 C. 5, 4 и т. д.). 6) Medio tempore или ad interim dati tutores v. curatores оставляютъ свои обязанности съ наступленіемъ такихъ обязательствъ, которыя исключаютъ необходимость ихъ дѣятельности (L. 11 pr.; L. 12; L. 14 §§ 3, 5 D. 26, 1; § 1, 2 I. 1, 20; L. 1 § 2 D. 26, 4).—Въ лицѣ пупилла и минора опеку и попечительство прекращаютъ 1) смерть (§ 3 I. 1, 22; L. 4 pr. D. 27; 2) всѣ виды capitis deminutionis (§ 1 и § 3 in fin. I. 1, 22; L. 14 pr. § 1, 2 D. 26, 1; L. 2 D. 26, 4). 3) Въ частности попечительство надъ несовершеннолѣтнимъ (cura impuberum) прекращается, какъ и опека надъ нимъ, съ достиженіемъ пупилла совершеннолѣтія (L. 25 D. 26, 5).

Съ прекращеніемъ опеки и попечительства не всегда выступаютъ опекуны и попечители изъ всѣхъ отношеній къ бывшимъ подъопечнымъ. Остается еще отвѣтственность первыхъ предъ послѣдними, равно какъ и послѣднихъ предъ первыми. Отвѣтственность по отношенію къ вмѣненію для опекуна и попечителя опредѣлялась одними и тѣми же положеніями (L. 23 C. 5, 37 dolus, culpa lata; L. 7 C. 5, 51 dolus, culpa lata и levis).

Для вѣрнѣйшаго осуществленія отвѣтственности Константинъ предоставилъ и пупилламъ, и минорамъ закладное право на всемъ иму-

ществѣ опекуновъ и попечителей (L. 20 C. 5, 37. Юстиніанъ въ часности высказала тоже право и для безумныхъ, L. 7 § 5, C. 5 70) Съ тою же цѣлью представлено было имъ въ случаѣ конкурса privilegium exigendi (L. 25 D. 27, 3; L. 15 § 1 D. 27, 10; L. 19 § 1; L. 20, 21, 22 pr. D. 42, 5), хотя и съ нѣкоторыми изъ. [illegible] (напр. L. 22 § 1 D. 42, 5).

Также общій характеръ носятъ и средства осуществленія этой отвѣтственности. Такъ какъ опека даетъ tutelae actio directa (Dig. 27, 3; Cod. 5, 51) et contraria (Dig. 27, 4: Cod. 5, 58), такъ и попечительство—actio directa и contraria, но только utilis и curationis causa (L. 11 D. 26, 8; Rubric. D. 27, 3; Срав. L. 13; L. 16 § 1; L. 20 D. 27, 3; L. 3 § 5 D. 3, 5; L. 17 C. 2, 19; L. 1 C. 4, 26; L. 3; L. 7 C. 5, 51). Даже иногда въ источникахъ процессъ по попечительству называется tutelae judicium (L. 3 C. 5, 51; L. 7 § 1 D. 27, 3).

Если даже и не согласиться съ тѣми писателями [1]), которые слово utilis при actio curationis causa понимаютъ въ томъ смыслѣ, что оно для иска по попечительству выражаетъ значеніе actionis tutelae utilis (Peregrinus Manuduct. ad Iurisprud. Iust. ч. 2 стр. 234; Thibaut System § 541 и друг.), т. е. распространеніе иска по опекѣ на попечительство, то все таки никто не отрицаетъ, что этимъ словомъ выражается аналогія въ природѣ обоихъ исковъ (см. особенно для judicia contraria L. 1 § 27, 4). Дѣйствительно, оба иска—generale judicium (L. 38 pr. D. 17, 2; L. 13 D. 27, 3; L. 1 C. 4, 26; L. 7 C. 5, 51), оба bonae fidei judicium, т. е. въ формулѣ вставляютъ слова: ex fide bona (Cic. de off. 3, 17; Gaj. 4 § 62; § 28 I. 4, 6), какъ bonae fidea judicia оба иска были arbitria (Vangerow 1 § 139 прим. 1; Cic. off. 3, 17), т. е. judicia pecuniae incertae (Cic. pro Rosc. 5; L. 12 D. 46, 6; L. 28 § 2 D. 49, 1; Rubr. Cod. 5, 51).

Наконецъ по нашему воззрѣнію оба иска влекли за собой infamiam (см. выше). Все это даетъ право сдѣлать предположеніе, что формулы для обоихъ исковъ были однѣ и тѣже, только въ demonstratio для иска по попечительству вмѣсто слова «tutela» ставились слова «negotia» или «cura» (Рудорфъ 3 стр. 7).

---

[1]) L. 4 § 3 D. 27, 3. Но чтобы устоять на этомъ воззрѣніи необходимо сдѣлать столько оговорокъ и притомъ часто столь натянутыхъ (см. Глюкъ 32 § 1368), что противное воззрѣніе, если и непринять безусловно достовѣрнымъ, то во всякомъ случаѣ за него столько же данныхъ, сколько и за господствующее теперь въ литературѣ (см. Zimmern стр. 938; Рудорфъ 3 стр. 7).

Отвѣтственность по упомянутымъ искамъ не ограничивается одними опекунами и попечителями, а переходитъ: 1) на наслѣдниковъ ихъ (L. 1 § 16 D. 27, 3; L. 17 C. 2, 18 см. Cod. de heredibus tutorum vel curatorum 5, 54; Dig. de fid. et nomin. heredibus tutor. et curat. 27, 7), будь это наслѣдники въ собственномъ смыслѣ, или казна въ случаѣ capitis deminutio maxima et media, или отвѣчаетъ даже просто имущество, подвергшееся публикаціи (L. 9 § 9 D. 26, 1; Наслѣдники какъ опекуновъ, такъ и попечителей отвѣчаютъ только за злой умыселъ и крайнюю небрежность какъ наслѣдодателей (L. 4 D. 27, 8; L. 17 C. 2, 19; L. 39 § 6 D. 26, 7), такъ и самихъ (L. 4 pr. § 1 D. 37, 7). 2) Второстепенную (subsidiaria) отвѣтственность предъ пупиллами и минорами несутъ магистраты (§ 2 I. 1, 24; Dig. 27, 8 de magistrat. conven. Cod. 5, 75 id.) no actio in subsidium indemnitatis nomine, actionem, quae ultimum eis praesidium possit afferre (L. 5 C. 5, 75) и ихъ наслѣдники (L. 4 D. 27, 8). Отвѣтственность поручителей (actiones ex stipulatu Dig. 46, 6), nominatorum, affirmatorum и т. д.

Теперь что касается до исковъ опекуновъ и попечителей къ пупилламъ и минорамъ, то ихъ подраздѣляютъ обыкновенно на calumniae judicium, judicium contrarium и extraordinarium judicium. Что было сказано о соотношеніи обоихъ judicia directa, тоже имѣетъ смыслъ и для judicia contraria (Dig. 27,4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5,58. См. особенно L. 1 § 2 D. 27,4). Оба иска точно также были perpetuae (L. 3 § 9, L. 5 D. 27,4), т. е. переходили на наслѣдниковъ. Calumniae judicium вчинается въ томъ случаѣ, если умышленно вчинаютъ первый искъ противъ опекуна и попечителя подъопечныя лица (Gaj. 4 §, 178; L. 3 C. Hermog. de column. tit. 5). Правда, источники говорятъ объ этомъ искѣ только по поводу опеки (L. 3, Cod. Hermog. de calumn.), но такъ какъ calumniae judicium adversus omnes actiones locum habet (Gaj. 4 § 175), то мы въ правѣ предоставить его и попечителямъ. Тоже слѣдуетъ сказать и объ extraordinaria judicia въ случаѣ напр. требованія гонорарія, особенно въ позднѣйшемъ правѣ (см. 33 § 3 D. 26, 7; Рудорфъ 3 § 185).

И такъ послѣ представленнаго краткаго очерка положеній, обнимающихъ все ученіе объ опекѣ и попечительствѣ, станетъ еще непонятнѣе та твердость ученыхъ писателей, съ которою они стоятъ за различіе обоихъ институтовъ.

Тождество между опекой и попечительствомъ проведено въ источ-

никахъ съ такою послѣдовательностью, что, распространяя положе[illegible] объ опекѣ и попечительствѣ на отношенія подобныя имъ, дают[illegible] опредѣленія до мельчайшихъ подробностей тождественныя. Такъ е[illegible] извѣстное лицо, не будучи опекуномъ или попечителемъ, будетъ о[illegible]правлять обязанности опекуна или попечителя (si quasi tutor s. c[illegible]rator, pro tutela, pro tutore, prove curatore, animo tutoris neg[illegible]tium gessit L. 13 5—7; L. 3 D. 17, 5; L. 25 D. 26, 1), то значен[illegible] дѣятетьности и отвѣтственность подобныхъ лицъ опредѣляется безразлично одними и тѣми же правилами (Dig. de eo, qui pro tuto[illegible] etc. 27, 5; Cod. 5, 55 id.;—Actiones pro tutore prove curatore negoirorum gestorum Paullus 1, 4 § 8; L. 1 § 6 L. 27, 5; L. 4 C. 5, 28; L. 4 C. 5, 34).

Послѣ этого намъ остается привести тѣ основанія, которыя убѣждаютъ насъ, что и Римскіе юристы сознавали тождество между опекою и попечительствомъ.

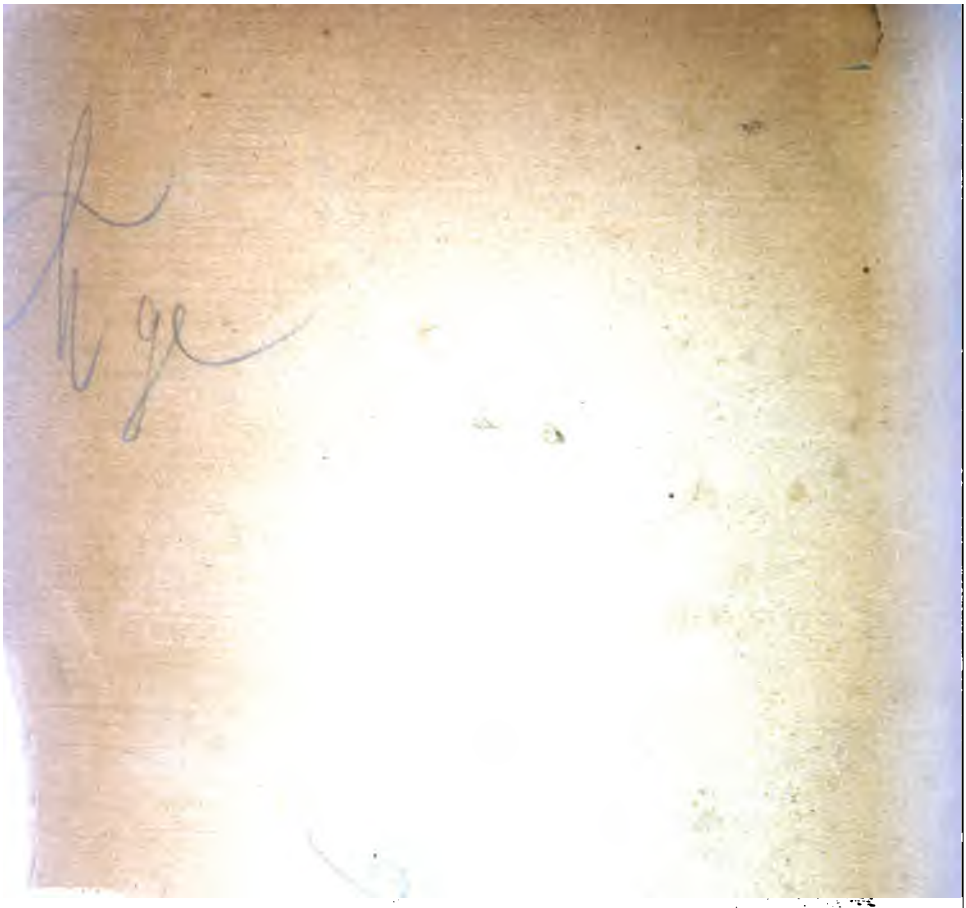
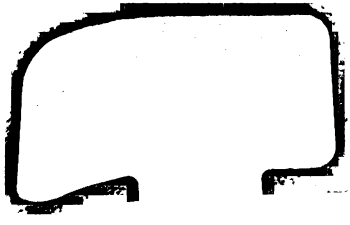
Что уже въ императорскія времена ясно сознавали тождество в[illegible] общемъ опеки и попечительства, за то могутъ свидѣтельствовать слѣдующіе факты: 1) къ пупиллу могъ быть назначенъ попечитель, что по основному принципу было немыслимо (....quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertinea[illegible] (sc. cura) L. 3 pr. D. 26, 1) и притомъ это попечительство не только ничѣмъ не отличалось отъ прочихъ видовъ попечительства, [illegible] даже прямо отождествлялось съ нимъ въ источникахъ (L. 48 [illegible] 26, 7); 2) для совершенія однихъ и тѣхъ же актовъ требовалось безразлично соучастіе опекуна или попечителя; 3) даже акты, яс[illegible] требовавшіе прежде соучастія опекуна, въ позднѣйшія времена допускали соучастіе и попечителя (Si inter tutorem pupillumque judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest non praetorius tutor ut olim constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo interveniente, judicium peragitur § 3 J. I, 21; L. 5 C. 5, 44). Далѣе 4) и самое разграниченіе вѣдомствъ опекуна и попечителя уже не по характеру ихъ обязанностей, а по внѣшнему признаку, по возрасту субъектовъ (pr. I. 1, 23. Это различіе въ общемъ сохранялось и во всѣхъ Сводахъ Византійскаго Права, за исключеніемъ Эклоги Льва Исаврянина), подпадавшихъ подъ опеку и попечительство.

Послѣ этого весьма понятно будетъ встрѣтить въ источникахъ подобныя выраженія, какъ: «ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες από τῶν επιτρόπων» id est in paucissimis.... distant cura-

tores a tutoribus (L. 13 pr. D. 27, 1 Modestinus). Или: quod in tutoribus scriptum est et in curatoribus erit observandum (L. 3 § 5 D. 26, 7 Ulpian.). Или опредѣленіе попечителя Фестомъ: *Curatores* dicuntur qui pupillo (sc. adulto) *loco tutorum dantur* и т. д.

Правда, еще въ Юстиніановъ Сводъ опека и попечительство вошли въ общемъ, какъ два отдѣльные института (Müller Instit. § 172), но это уже объясняется самимъ способомъ составленія Свода. Пандекты и Кодексъ не были полнымъ систематическимъ преобразованіемъ законодательства, а только сведеніемъ отдѣльныхъ положеній юристовъ и законодателей различныхъ эпохъ, сведеніе, конечно, въ болѣе или менѣе систематическомъ порядкѣ и съ извѣстными измѣненіями Слѣдовательно, признакомъ того, что позднѣйшими юристами, законодателями также сознавалось тождество обоихъ институтовъ можетъ служить главнымъ образомъ частое безразличное употребленіе словъ cura и tutela (напр. L. 1 pr. D. 4, 4; L. 34 § 1 D. eod.; L. 7, 26 D. 26, 5; L. 3 § 2 D. 26, 7; L. 4 § 8 D. 46, 6; L. 5 C. 5, 37; 13 § 2 C. 9, 51 см. Montanus стр. 5. О словоупотребленіи неюридическихъ писателей см. у Рудорфа I § 4 not. 6 и 7. Theoph. ad § 2 I. 2, 8 и опекуна и попечителя называетъ однимъ и тѣмъ же словомъ «κηδέμων»), прежняя строгая техничность которыхъ не подвержена сомнѣнію. Наконецъ, невозможно предположить, чтобы въ законодательствахъ послѣ Юстиніана сразу отрѣшились отъ вѣковыхъ преданій, если бы они имѣли дѣйствительно какой нибудь практическій или теоретическій смыслъ, а между тѣмъ въ первомъ систематическомъ сводѣ послѣ Юстиніана не встрѣчается уже ни малѣйшаго слѣда различія опеки отъ попечительства. Мы говоримъ объ Эклогѣ Льва Исаврянина и Константина Копронима (Tit. 19 ed. Leunclav.; см. Zachariae Histoire du droit privé gréco-romain liv. 1 Tit. 3 § 25. Не упоминается болѣе о попечительствѣ и въ другихъ хотя частныхъ, юридическихъ сборникахъ см. напр. Practica ex actis Eustathii Romani tit. XV ed. Zachariae). Впрочемъ въ позднѣйшихъ Сводахъ Византійскаго Права (см. напр. Prochiron auctum (ed. Zachariae) tit. 36, 2; Basilicor. Lib. 37, 38 (ed. Heimbach); Attaliatae Synopsis tit. 36 (Leunclav); Harmenopul. Manuale 5, 12 и др.) различіе между опекой и попечительствомъ удержано въ томъ видѣ, въ какомъ оно намъ представлялось въ Юстиніановомъ законодательствѣ. Причина тому лежитъ въ самомъ способѣ и цѣли составленія этихъ Сводовъ. А именно, съ отмѣною Свода императоровъ—иконоборцевъ всѣ законодательныя работы ограничивались уничтоженіемъ бо́льшаго или меньшаго числа конт-

роверзъ Римскаго Права съ отдѣльными конституціями императоровъ и затѣмъ сведеніемъ всего накопившагося за извѣстный періодъ юридическаго матеріала съ извѣстными уже положеніями Юстиніанова Права въ одинъ Сводъ. Оригинальности, какъ въ системѣ, такъ и въ основныхъ началахъ искать въ этихъ работахъ будетъ излишне. Вотъ почему напр. въ Прохиронѣ, Василикахъ и др. Сводахъ различіе между опекой и попечительствомъ формулируется буквальнымъ переводомъ тѣхъ положеній, которыя въ Юстиніановомъ Правѣ, какъ мы видѣли, потеряли всякій смыслъ (см. напр. у Harmenopul. 5, 12, 8). Между тѣмъ, то, что мы знаемъ объ оригинальности системы и множествѣ новыхъ и оригинальныхъ положеній Эклоги, свидѣтельствуетъ о строгой научной обработкѣ Римскаго Права (см. въ словарѣ Эрша и Грубера отдѣлъ о Византійск. Правѣ), а не рабскомъ заимствованіи его (въ Прохиронѣ Василія, Константѣна и Льва объ Эклогѣ отзываются, какъ объ извращеніи славныхъ законовъ Юстиніана). Предъ научнымъ же анализомъ всякая попытка теоретически различить опеку и попечительство по Римскому Праву будетъ несостоятельна. Отчасти это сознавалось и въ литературѣ. Правда, въ различіи по принципу никогда и никто не сомнѣвался, но за близкое сродство высказывались уже давно (см. уже Montanus de jure tutelar et curation. 1608 г. стр. 5; Warnkoenig Instit. § 244; Tigerström § 156).

Мы же полагаемъ, что различія между опекой и попечительствомъ по римскому праву провести рѣшительно невозможно (что мы, кажется, впервые высказали эту мысль см. Weiske's Rechtslex. 3 стр. 134).

КОНЕЦЪ.